RESEARCH AND STATISTICS DIVISION
DIVISION DE LA RECHERCHE ET DE LA STATISTIQUE

THE CHANGING FACE OF CONDITIONAL SENTENCING

Symposium Proceedings

Department of Justice Canada
Ministère de la Justice Canada

Canadian Cataloguing in Publication Data
Main entry under title :
The changing face of conditional sentencing :
symposium proceedings

Text in English and French on inverted pages. Title on added t.p.:
Le nouveau visage de l'emprisonnement avec sursis.
Symposium held on 27 May 2000.

ISBN 0-662-65368-8
Cat. No. J2-174/2000

1. Sentences (Criminal procedures) – Canada-Congresses.
I. Canada. Dept. of Justice.

KE9355.C34 2000 345.71'0772 C00-980479-XE

101-03953/

THE CHANGING FACE OF CONDITIONAL SENTENCING

Symposium Proceedings

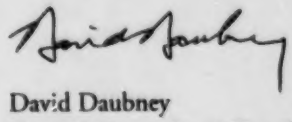
FOREWORD

Conditional sentences of imprisonment were introduced in 1996 and have emerged as one of the most important issues in the area of sentencing. They were created to help reduce Canada's overreliance on imprisonment in a manner that is safe and consistent with the principles of sentencing. Although Canada's overall incarceration rate has declined from 133 per 100,000 in 1994-1995 to 123 per 100,000 in 1998-1999, it is still among the highest in the world among developed countries.

In January 2000, the Supreme Court of Canada handed down a unanimous guideline judgement (R . v. Proulx) on the use of the conditional sentence. The Changing Face of Conditional Sentencing: A One-Day Symposium was the first public forum to address the issue of conditional sentencing since the Supreme Court judgement. The symposium was held at the Faculty of Law, University of Ottawa on May 27, 2000 and was sponsored and organized by the Faculty of Law and Faculty of Social Sciences, University of Ottawa in collaboration with the Research and Statistics Division of the Department of Justice Canada. A number of experts in the area of conditional sentencing spoke at the symposium. Presenters came from a range of departments and organizations and included Judges, academics, Crown Attorneys, defence counsel, and correctional and probation officials from Ontario. Sessions were held on the following: (1) Conditional Sentencing after the Supreme Court judgements: Issues and Directions; (2) Defence and Crown Perspectives on Conditional Sentencing; (3) Limits of the Conditional Sentence and Appellate Review; and (4) Administering Conditional Sentences.

The symposium was well-attended and stimulated a great deal of lively debate on a number of key issues including (1) a discussion of the role of appeal courts in guiding trial judges; (2) an exchange between Ontario Crown counsel and participants regarding the use of guidelines directing Crowns to oppose conditional sentences in specific circumstances; and (3) a general agreement that more resources need to be devoted to the supervision of offenders serving conditional sentences.

We are grateful to the presenters at the symposium and to those individuals who contributed papers on this important issue. This publication is a compilation of eight papers that were presented at the symposium by leading academics in the area, Crown and defence counsel, and Judges. Both the symposium and this publication are timely contributions to current discussions on conditional sentencing. We hope that publishing these papers will help these discussions reach a wider audience. Conditional sentencing will likely continue to be an important part of the sentencing landscape in Canada. Given this, there will be a continuing need to assess and reassess the conditional sentencing regime in order to determine if it is meeting its objectives.



David Daubney
General Counsel and Coordinator
Sentencing Reform Team
Department of Justice Canada

TABLE OF CONTENTS

PATRICK HEALY
The Punitive Nature of the Conditional Sentence 1

ALLAN MANSON
The Conditional Sentence: A Canadian Approach to Sentencing Reform Or, Doing the Time-Warp, Again 9

KENT ROACH
Conditional Sentences, Restorative Justice, Net-widening and Aboriginal Offenders 25

JULIAN ROBERTS
Discovering the Sphinx: Conditional Sentencing after the Supreme Court Judgement in R. v. Proulx 39

GREGORY TWENEY
Supreme Court of Canada Speaks on Conditional Sentences 53

GILLES RENAUD
The Changing Face Of Conditional Sentencing: Sentencing As Seen From The Front Lines 59

MR. JUSTICE WILLIAM VANCISE
Appellate Review of Sentencing 65

DAWN NORTH
An Empirical Analysis of Conditional Sentencing in British Columbia 73

APPENDIX
Recent Cases that Cite R. v. Proulx (2000) 85

THE PUNITIVE NATURE OF THE CONDITIONAL SENTENCE*

Patrick Healy

Faculty of Law & Institute of Comparative Law, McGill University
Counsel, Shadley Battista, Montreal

Proulx[1] and related cases[2] have settled some points, at least as a matter of abstract principle, but for some time the law and practice of conditional sentencing will remain unsettled. This is not due to apparent discrepancies among the decisions given by the Supreme Court, although those discrepancies make plain that if the Court cannot agree upon the application of its own principles there is little basis upon which to expect such consistency in other courts. The purpose of this paper is to explain why, as a result of the recent decisions, it can be expected that uncertainty in conditional sentencing will continue. The core of that uncertainty is the extent to which the punitive nature of the conditional sentence[3] can accommodate the objectives of restorative justice.

I

In *Proulx* the Supreme Court situated the conditional sentence of imprisonment, among sentencing options, between a term of actual incarceration in a provincial jail and a suspended sentence with probation. For the Court, Lamer C.J.C. explained that from this characterisation it followed that a conditional sentence should express punitive objectives that are consistent with a prison order and, at the same time, objectives that are consistent with rehabilitation and restorative justice.[4] As a rule, therefore, a conditional sentence should include some restriction of liberty or confinement such as house arrest, curfew or electronic monitoring.[5] Punitive objectives should be reflected in both the length and the severity of conditions.[6] Similarly, while the presence of aggravating factors will not necessarily preclude a conditional sentence, they will be reflected in the duration and rigour of the conditions.[7] Considerable emphasis is thus placed by the Court on the need for a clear expression of denunciation and deterrence in conditional sentences.[8] Where those concerns are paramount, Lamer C.J.C.

*This text was prepared for the Sentencing Division of the Department of Justice (Canada) and presented at a seminar, *The Changing Face of Conditional Sentencing*, convened jointly by the Department of Justice and the Faculty of Law, University of Ottawa, on 27 May 2000. Many thanks to Julian Roberts for his work and encouragement in these matters.

[1] *R.* v. *Proulx* (2000), 30 C.R. (5th) 1 (S.C.C.). References are to paragraphs as numbered in the opinion.

[2] *R.* v. *R.A.R.* (2000), 30 C.R. (5th) 49 (S.C.C.); *R.* v. *R.N.S.* (2000), 30 C.R. (5th) 63 (S.C.C.); *R.* v. *L.F.W.* (2000), 30 C.R. (5th) 73 (S.C.C.); *R.* v. *Bunn* (2000), 30 C.R. (5th) 86 (S.C.C.). *R.* v. *Gladue* (1999), 23 C.R. (5th) 197 (S.C.C.) was decided before the five decisions of 31 January 2000 and *R.* v. *Wells* (2000), 30 C.R. (5th) 254 (S.C.C.) was decided after them, even though heard with them.

[3] This phrase, and the title of this paper, are quoted from paragraph 38 of *Proulx*, *supra* at note 2.

[4] See, e.g., *Proulx*, *supra* at paras. 22, 23, 100, 113.

[5] *Ibid.* at paras. 36, 117.

[6] *Ibid.* at paras. 114, 117.

[7] *Ibid.* at paras. 102–103, 115.

[8] *Ibid.* at paras. 30, 41, 102–109, 114.

says that incarceration will be preferable but he adds that "a conditional sentence may provide sufficient denunciation and deterrence, even in cases in which restorative objectives are of lesser importance, depending on the nature of the conditions imposed, the duration of the sentence, and the circumstances of both the offender and the community in which the conditional sentence is to be served."[9]

At no point does Lamer C.J.C. address the possibility that a conditional sentence should favour restorative over punitive objectives, and the contrast that he draws between conditional sentencing and probation rules out this construction.[10] Indeed, the opinion offers little exploration of the practical content of rehabilitative or restorative measures within a conditional sentence.[11] Nor does Lamer C.J.C. contemplate the possibility that punitive and restorative objectives might be of comparable or commensurate concern in the formulation of a conditional sentence. Throughout his reasons the Chief Justice emphasises the primacy of punitive objectives in conditional sentencing.[12] The net effect of the Court's reasons is that the essential elements of denunciation and deterrence in a conditional sentence preclude the idea that this sanction is chiefly a vehicle for restorative justice. This was a view taken by many before *Proulx* and the other cases went to the Supreme Court. These decisions affirm that the conditional sentence was not introduced into the Code as a form of reinforced probation.[13]

In short, the reasons in *Proulx* attempt to place the conditional sentence as a distinct sanction between actual incarceration and probation by insisting upon the punitive objectives of the former and allowing the restorative elements of the latter. It is only a slight exaggeration that the Court associates the punitive objectives with mandatory conditions and restorative objectives with optional conditions. The basis for this is that the Court has, in effect, read into section 742.3(1) a *mandatory* term of punitive conditions and reinforced this by saying that a judge who fails to observe this term for good reason will be subject to appeal for reversible error.[14]

The picture created by the reform of Part XXIII, as interpreted in *Proulx*, is something like this. Whereas the sentencing judge previously had a choice between actual incarceration and probation, there are now three options — two of them dominantly punitive — and each one has its distinctive characteristics: punitive, punitive and restorative mixed in some proportion, and restorative. For each offence and each offender the sentencing judge must find a disposition among these three that is fit. At first blush, the view of conditional sentencing expressed in *Proulx* lends greater force to the punitive options available. This follows from the definition of a

[9] *Ibid.* at paras. 114.

[10] At paragraph 19 of *Proulx*, *supra* Chief Justice Lamer states that "Canadian sentencing jurisprudence has traditionally focussed on the aims of denunciation, deterrence, separation, and rehabilitation, with rehabilitation a relative late-comer to the sentencing analysis". He also notes that with the reform of Part XXIII Parliament has placed a new emphasis on the goals of restorative justice. This characterisation is somewhat perplexing because it appears to give less weight to rehabilitative aims in recent times. It is more perplexing when attention is given to probation, as described by the Chief Justice in paragraphs 32 through 35 as rehabilitative in nature. Probation, of course, has a long history in Canadian law and thus so too does the rehabilitative aspect of at least one important sentencing option. See also para. 29 of the judgement.

[11] See *Proulx*, *supra* at paras. 109–112; *cf.* paras. 18–20.

[12] *Ibid.* at paras. 22, 23, 28, 29, 30, 35, 36, 37, 38, 41, 99, 100, 102, 103, 113, 114, 117.

[13] *Ibid.* at para. 99.

[14] *Ibid.* at para. 37.

conditional sentence alone and the emphasis on denunciation and deterrence. It might be noted that from the very opening of his reasons in *Proulx* Lamer C.J.C. emphasises that the conditional sentence applies only in respect of a limited subclass of non-dangerous offenders who would otherwise be bound for jail.[15]

But it would also *appear* that the conditional sentence has led, or will lead, to increasing emphasis on punitive objectives. Is this correct? The short answer is that it is still too early to say because rigorous empirical detail on sentencing practices in the three categories, and in particular the conditional sentence after *Proulx*, will not be available for some time. The data for all three categories must be read together, obviously, because of the spill-over between and among them. Logically, perhaps it would be desirable if these various categories were wholly distinct and it would be possible to assert *a priori* that a given case properly belongs in one category and not the others. Practically, however, the effect of introducing the conditional sentence has probably been to draw *down* some cases that would otherwise receive provincial jail and to draw *up* some cases that would otherwise receive probation. If this is so, and conditional sentences are applied according to *Proulx*, there can only be heavier reliance on punitive measures because the concentration of dispositions is in two categories that are both characteristically punitive.

The three central variables to note are the rate of provincial admissions, the rate of conditional sentences and the rate of probation orders.[16] Unless there is a radical increase in the rate of probation orders, and a corresponding radical decrease in the rate of provincial admissions or conditional sentences, the emphasis on punitive orders will remain. If the rates in all three categories remain substantially unchanged, and *Proulx* is consistently applied, the same conclusion follows. The Supreme Court's recent exhortations for appellate deference, if heeded, will only strengthen these effects.[17]

II

The first conclusion of this paper is based upon the text of *Proulx* and the general statement of principle that it presents. It is that the creation of the conditional sentence has not marked a shift from punitive to restorative sentencing and indeed that the current interpretation of the conditional sentence is consistent with continuing emphasis upon punitive objectives in sentencing. It bears repetition that in any conditional sentence the Supreme Court has concluded that restorative objectives can only complement a necessary element of punishment. Restorative objectives cannot dominate in a conditional sentence and they cannot be given equal weight either.

With respect to the conditional sentence, the next point is to gauge the extent to which restorative objectives can be addressed within a dominantly punitive context. Lamer C.J.C. concedes in *Proulx* that actual incarceration is largely inconsistent with rehabilitation and

[15] *Ibid.* at para. 12.

[16] With regard to the rate of provincial admissions, attention must focus on the rate of admissions measured against the rate of conviction (which is falling due to fewer cases). See J. Roberts & C. Grimes, *Adult Criminal Court Statistics — 1998/99* (2000) 20 Juristat 1. See also J. Roberts, D. Antonowicz & T. Sanders, *Conditional Sentences of Imprisonment: An Empirical Analysis of Optional Conditions* (2000) 30 C.R. (5th) 113, but it should be noted that the data analysed by them relate to sentences imposed before *Proulx*. One can only hope that a similar study will be conducted in due course to examine the effects of *Proulx*.

[17] See *Proulx*, *supra* note 1 at paras. 123 *et seqq*.

restorative justice.[18] Why should it be any different with the virtual incarceration of a conditional sentence, especially one that might be lengthened and otherwise made more onerous to reflect deterrence and denunciation? The answer, again broad and abstract, would seem to be that an offender might benefit from the restorative features of probation while serving a punishment, for purposes of deterrence and denunciation, that involves some significant restriction of liberty. But is this realistic in the general run of cases?

Only four paragraphs in *Proulx* are given to the consideration of restorative objectives within conditional sentences.[19] These paragraphs say comparatively little and almost nothing of the challenges posed by conditional sentencing. Lamer C.J.C. speaks of the "restorative objectives of rehabilitation, reparations, and promotion of a sense of responsibility in the offender"[20] and notes that in *Gladue* the Court observed that "[r]estorative sentencing goals do not usually correlate with the use of prison as a sanction".[21] Given that so much of the reasons in *Proulx* are devoted to making clear that the virtual incarceration of a conditional sentence should contain as a rule some very real restriction of liberty, thus creating some form of imprisonment within the offender's community, it would seem reasonable to expect the judgment to provide considerable guidance as to how the restorative and rehabilitative aspects of a conditional sentence could be joined with its punitive aspects.

Four examples are given. House arrest is cited as having rehabilitative properties to the extent that it allows the offender to maintain work or studies in the community. This might better be described as a condition precedent to more conspicuous restorative measures because it might permit those measures to have effect but it does not *cause* those effects. The other three forms of restorative measures given as examples are restitution, community service and treatment. As for the first, even after the judge is satisfied that the offender has the means to make compensation, an order of restitution that exceeds strict compensation can appear to have a punitive rather than restorative aspect. Everything will depend on the terms of the order, of course. As for community service and mandatory treatment orders, it will be noted that the Code says that a mandatory treatment order can be made, without the consent of the accused, to attend a programme approved by the province. With regard to community service, Lamer C.J.C. affirms that such orders should be encouraged, "provided that there are suitable programs available for the offender in the community".[22] Thus the effectiveness of both the treatment order and the community-service order will be contingent, in the long run, upon adequate programmes.

Obviously it is possible to combine within the terms of a conditional sentence punitive and restorative aspects. Thus, for example, house arrest, curfew or electronic monitoring are all punitive restrictions of liberty that can be readily combined with treatment, schooling, community service and so forth. It is a difficult matter to determine what conditions are appropriate to each case but there is no reason to suppose that punitive and restorative conditions cannot coexist in a conditional sentence.

At the same time, however, it would appear that the combination of punitive and restorative

[18] *Ibid.* at para. 109.
[19] *Ibid.* at paras. 109–112; *cf.* paras. 18–20.
[20] *Ibid.* at para. 109.
[21] *Ibid.* at para. 109, quoting *Gladue*, *supra* note 2 at para. 43. The same passage in *Gladue* is quoted in *Proulx* at para. 19.
[22] See *Proulx*, *ibid.* at para. 112.

aspects in a conditional sentence can only diminish the significance of the latter in conditional sentencing as a whole. The offender is told in the judge's reasons[23] that the conditional sentence must include punitive conditions, such as house arrest, to express denunciation and deterrence. He will be told that this deprivation of liberty is a mandatory condition of the sentence that will be subject to close supervision. Further, he will be told that if no reasonable excuse is given a breach or non-compliance with the sentence — and especially the mandatory terms — will likely lead to imprisonment for the remainder of the sentence. The offender will then be told that within the context of this punitive sanction there will be added optional conditions under which he will be given the opportunity to receive treatment, training or otherwise to reintegrate himself within the community. He will be reminded, however, that non-compliance with these conditions might also lead to swift imprisonment.[24]

Nothing in this is calculated to subvert the restorative aspects of a conditional sentence but it would seem somewhat obvious that the accent in such a disposition is most emphatically placed upon the punitive aspects. The message conveyed to the offender is that he is given a limited opportunity of rehabilitation and restorative justice while he is being punished. Thus, after *Proulx*, it is clear that conditional sentencing allows for a reduction in the rate of actual incarceration but not of punishment and, further, conditional sentencing allows restorative justice to coexist with punishment but not to prevail over it.[25]

III

Thus the second point of this paper is that *Proulx* has made the conditional sentence a sentence of imprisonment in two senses: in the absence of compelling reasons to do otherwise, every conditional sentence must include a significant restriction of liberty, perhaps longer than the term of actual incarceration that might otherwise have been ordered, and the "threat" of imprisonment for breach must be real. The interpretation advanced by the Supreme Court is that the objectives of restorative justice are secondary in the general run of cases because they are optional while punishment is mandatory. Against this background, what other obstacles might complicate the advancement of restorative objectives?

Four come immediately to mind and their cumulative effect far outweighs their individual importance. First, the decision in *Proulx* would appear to give strength to prosecutors who would oppose conditional sentences or who would argue strenuously for a conditional sentence that includes a substantial punitive component. Nothing in *Proulx* would encourage prosecutors to enhance the development of restorative objectives through conditional sentencing. This now appears to be especially clear in Ontario, where prosecutors have received a practice direction to oppose conditional sentencing for a number of specified offences and, it would seem, not to agree to a conditional sentence in the form of a joint submission.[26] Here, too, one might also expect the Crown to make submissions that would underscore the punitive objectives in any case

[23]Reasons are mandatory: see section 726.2 of the *Criminal Code*.

[24]Lamer C.J.C. refers at several points to the need to ensure that imprisonment for breach is a real threat: see, *eg.*, *Proulx*, *supra* note 1 at paras. 21, 39, 44.

[25]At para. 35 of the judgement, there is an anomalous quotation from *R.* v. *McDonald* (1997), 113 C.C.C. (3d) 418 (Sask. C.A.) at 443 wherein Vancise J.A. is cited with approval for having said that conditional sentences "permit the accused to avoid imprisonment but not punishment".

[26]See Ontario, Ministry of the Attorney General, Criminal Law Division, Practice Memorandum, *The Use of Conditional Sentences* PM [2000] No. 6, 24 April 2000.

where a conditional sentence is an option. At the very least it is improbable that Crown counsel will rise as enthusiastic proponents of restorative objectives in conditional sentencing.

Second, the development of restorative objectives requires a commitment of resources for effective programmes as well as for supervision of punitive features such as house arrest, curfews and electronic monitoring. In the absence of adequate provincial funding the development of restorative objectives will not die; it will simply never grow, or never grow at a healthy rate. It is already the case in some jurisdictions that judges have put an informal moratorium on conditional sentences precisely because there are insufficient resources, particularly for supervision.[27] It does not matter how imaginative a judge might try to be in making an appropriate conditional sentence because if the wherewithal to make it work is not there the enterprise is largely doomed. Moreover, after *Proulx* it is entirely plausible that if increased resources are allocated to conditional sentencing the first priority will be to fund the supervision of the punitive aspects of those sentences and not the restorative aspects. Finally, there is an ambiguity in section 742.3(2)(*e*) that is directly relevant to the issue of administrative and fiscal support for conditional sentencing. This provision refers to a treatment programme "approved by the province". This is a phrase that also appears in the provisions concerning diversion and probation[28] and thus it is obviously rather important in relation to restorative objectives. It is obvious that if there is no programme no order can be made under section 742.3(2)(*e*), but it is arguable that the same result would follow if there is no approval by the province. As yet nobody knows what this phrase actually means but we would soon find out as soon as Crown counsel stand up in any numbers to argue that some formal mechanism for approval by the executive arm of government must exist before a programme can be considered approved. Success in this argument would have sweeping implications for any treatment order in a conditional sentence.

Third, there is the matter of deference. If the interpretation of conditional sentencing sketched in this text is sound, it follows that restorative objectives are now clearly of secondary importance. The Supreme Court has spoken at length about appellate deference but for the moment it might be more apt to speak of deference to the interpretation in *Proulx*. If sentencing judges are properly deferential to *Proulx*, and if appellate judges are also deferential to *Proulx* and the trial courts, it seems self-evident that the growth of restorative objectives in conditional sentencing will be slow indeed. This will not occur only if trial judges and appellate judges openly disagree with the emphasis placed by the Supreme Court upon the punitive objectives of conditional sentencing. If this occurs with any frequency it will mean not only that the concept of deference discussed in *C.A.M.*, *Proulx* and others has no force. It will also mean that there will be another period of uncertainty in conditional sentencing and disparity in sentencing generally.

Fourth, in the longer term, if the incidence of breach is significant, or if the mechanism for reviews of alleged breaches proves ineffectual, the attraction of the conditional sentence will

[27]In Quebec this problem has led to some blistering judicial criticism in the Cour du Québec. See *R.* c. *Frécheste* (Hull, 5 April 2000, No. 550-073-000022-997); *R.* c. *Coley, Fonand, L'Heureux & L'Heureux* (Iberville, 14 April 2000, Nos. 755-73-000017-968, 755-73-000018-966, 755-73-000019-964, 755-73-000020-962); *R.* c. *Ménard* (Montréal, 17 April 2000, No. 500-01-066897-981). Thanks to Me François Lacasse for providing copies.

[28]See ss. 717 and 732.1 of the *Criminal Code*, respectively.

drop quickly among sentencing judges and with it will go the vestiges of restorative justice as an objective of conditional sentencing.

In short, if there is error in the initial conclusion of this paper (that the conditional sentence as interpreted by the Supreme Court is a dominantly punitive sanction), or in the following conclusion (that there is now a reduced margin for restorative objectives in conditional sentencing), the final point is certainly sound: that there are real obstacles of a practical nature to making restorative objectives work significantly in conditional sentencing.

IV

To end it is useful to return to the statement in *Gladue* that is quoted with approval in *Proulx*.[29] The Court has accepted that two of Parliament's principal objectives in the reform of Part XXIII were to reduce actual imprisonment as a sanction and to enhance the importance of restorative justice in sentencing. These two points are also expressly identified as principles underlying the creation of the conditional sentence. The effect of *Proulx* is to recognise these two points and perhaps to give some support for them. As regards the first, however, while the conditional sentence might reduce reliance upon actual incarceration, the Court has insisted upon the dominance of virtual incarceration among the conditions imposed. As regards the second, restorative objectives are apparently secondary and in any event the advancement of those objectives is likely to be inhibited by practical obstacles for some time to come. It is for these reasons that the law and practice of conditional sentencing will present considerable uncertainty for some time to come.

[29]See *Proulx*, *supra* note 1 at para. 15.

THE CONDITIONAL SENTENCE: A CANADIAN APPROACH TO SENTENCING REFORM OR, DOING THE TIME-WARP, AGAIN

Allan Manson

Faculty of Law, Queen's University

1. INTRODUCTION

We are in the fourth year of the conditional sentence regime and 50,000 offenders have been given conditional sentences. To appreciate the full scope of the impact of this innovation, you have to add in the number of cases where a conditional sentence was considered and rejected. During this period, participants in the criminal justice system have struggled with the apparent statutory enigma that seems to arise from s.742.1 of the Criminal Code: when is a required sentence of imprisonment not required? Of course, this is an over-simplification. The real dilemma for the past few years has been how to interpret the statutory pre-conditions in a way that will promote the following goals:

- consistency with statutorily-entrenched principles;
- integration into an existing sentencing scheme that encompasses both custodial and non-custodial sanctions; and
- reduction of the use of incarceration.

A concomitant concern has been to pursue these goals without diminishing, or further diminishing, public confidence in the sentencing function of the criminal justice system during a time when the "law and order" mood continues to stir public opinion.

In early 2000, the Supreme Court of Canada issued six judgements[1] that answer a number of the legal questions that had been generated by trial and appellate court decisions since the introduction of conditional sentences. The primary judgment was a unanimous decision in *R.* v. *Proulx*[2], a case of dangerous driving causing death and bodily harm. The other five cases provided interesting insights into how the *Proulx* principles can be applied. A few months later, we are now starting to see some appellate court decisions applying and interpreting the set of Supreme Court decisions. At the same time, empirical data about the conditional sentence seems to show that, notwithstanding the popularity of conditional sentences, they have not produced a commensurate reduction in the use of imprisonment. Understanding this data requires careful analysis, additional data that focuses on specific issues, and a disciplinary expertise that I do not have. However, the apparent empirical doubts about efficacy make it both pertinent and timely to slow down

[1] *R.* v. *Proulx* (2000), 30 C.R. (5th) 1 (S.C.C.); *R.* v. *Bunn* (2000), 30 C.R.(5th) 86 (S.C.C.); *R.* v. *L.W.F.* (2000), 30 C.R. (5th) 73 (S.C.C.); *R.* v. *R.A.R.* (2000), 30 C.R. (5th) 49 (S.C.C.); *R.* v. *R.N.S.* (2000), 30 C.R. (5th) 63 and *R.* v. *Wells* (2000), 30 C.R.(5th) 254 (S.C.C.) which was argued right after the group of five cases but heard by only seven judges. The judgment written by Iacobucci J. was released a few weeks after the others.

[2] *Proulx*, *supra* note 1.

and ask three questions about the development of the conditional sentence:

(1) What is the current state of the law of conditional sentences?
(2) What sentencing policy choices does this law reflect?
(3) Should sentencing reform take place in this manner?

In addressing these questions, it is necessary to examine the *Proulx* decision in detail. It is also important to step back and examine exactly what has happened over the past decade.[3] In applying a broader perspective to *Proulx*, one is captured by the impression that it is somehow "out of synch". That is, the timing is out of sequence. The reason for this is, in my view, also the answer to what has happened: the Supreme Court has crafted a new intermediate sanction. While many people have argued that we needed one[4], I doubt if anyone expected the Supreme Court to be its designer.

It is too soon to tell whether the post-*Proulx* conditional sentence is a good or bad thing. Before reaching any conclusions about its efficacy and legitimacy, we will need to consider its applicability and observe its effects. It may seem attractive to muse about whether the analysis required by the set of conditional sentence cases was appropriate for the Supreme Court given its institutional structure within our justice system, but it is clear that the Court could not abdicate its role and avoid the task. Whether it was a fair task to impose is another matter.

2. THE PRAGMATIC APPROACH OF THE SUPREME COURT

Early in the decision in *Proulx*, Lamer, C.J.C. indicates what he considers the purpose of conditional sentences to be:

> With the advent of s.742.1, Parliament has clearly mandated that certain offenders who used to go to prison should now serve their sentences in the community. Section 742.1 makes a conditional sentence available to a subclass of non-dangerous offenders who, prior to the introduction of this new regime, would have been sentenced to a term of incarceration of less than two years for offenders with no minimum term of imprisonment.[5]

This capsulized expression of the role for conditional sentences flows largely from comments made by Cory and Iacobucci, JJ. in *Gladue*[6] which required the Supreme Court to consider, in general terms, the purpose and effect of the sentencing amendments. They concluded a major purpose to be the intention to reduce the use of incarceration. After *Gladue*, it was inevitable that the Supreme Court would apply the same general characterization to the various elements of those changes, especially conditional sentences, which had been highlighted as one of the indicia of the concern about over-incarceration. It was not clear, however, exactly what this might mean for conditional sentences.

This question was, to a great extent, answered when Lamer, C.J.C. foretells the analytical

[3]For a history of the conditional sentence proposal, see A. Manson, "Conditional Sentences: Courts of Appeal Debate the Principles" (1998), 15 C.R. (5th) 176, at 182–185. For a detailed history of Canadian sentencing reform going back to the Ouimet Report in 1969, see A. Manson, "The Reform of Sentencing in Canada" in D. Stuart, R. Delisle & A. Manson, eds., *Towards a Clear and Just Criminal Law: A Criminal Reports Forum* (Toronto: Carswell, 1999) at 461–467.
[4]See the *Canadian Bar Association Submission on Directions for Reform* (Ottawa: Canadian Bar Association, 1991) at 35 and 40–48.
[5]*Proulx*, *supra* note 1 at para. 12.
[6]*R.* v. *Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688.

perspective that will dominate the subsequent analysis and will determine each discrete subordinate issue that the court addresses:

> In my view, to address meaningfully the complex interpretive issues raised by this appeal, it is important to situate this new sentencing tool in the broader context of the comprehensive sentencing reforms enacted by Parliament in Bill C-41. I will also consider the nature of the conditional sentence, contrasting it with probationary measures and incarceration.[7]

The generous reference to Bill C-41 as "comprehensive reform" may be an over-statement[8] but the Supreme Court's plan is clear. It intended to assume the role of sentencing reformer and set out to develop an intermediate sanction. The approach is reminiscent of the early pages in Morris and Tonry's *Between Prison and Probation*[9] which stirred much interest in intermediate sanctions.[10] Whether the intention to craft a new intermediate sanction was a product of the former Chief Justice's earlier role with the Law Reform Commission of Canada, which investigated sentencing intensively in the 1970s, or whether it derived entirely from the enigmatic statutory context which C-41 thrust upon the judiciary, this was how the Supreme Court saw its task. Starting from this point, it became essential for the Supreme Court to ensure that the sanction be both non-custodial and, in some way, more intensive or harsher than the pre-existing probation scheme. The conditional sentence is served in the community but must be more punitive than probation. Otherwise, it would be "surplusage".[11] This is the pragmatic approach taken in *Proulx* but the subsequent exercise is a subtle and challenging one, akin to looking for an intermediate sanction in a *Criminal Code* haystack. Early in the decision, the Supreme Court emphasizes the same philosophical platform that it adopted in *Gladue*, the need to introduce restorative principles while at the same time tempering the new sanction with the concern that it also serve, in plainly perceptible ways, the retributive aspects of sentencing.[12]

3. THE CURRENT LAW AS INTERPRETED BY THE SUPREME COURT

Of the many issues which had been the subject of debate by appellate courts, by the time the conditional sentence came to the Supreme Court it was clear that there were a number of specific controversies that needed to be resolved. How to resolve them was another matter. As we examine the issues individually, it seems that the principal determining factors were the need to distinguish a conditional sentence from probation, and the re-emphasis of individualization and deference as methodological cornerstones of sentencing.

(a) The potential scope of conditional sentences:

The Supreme Court has confirmed that, notionally at least, a conditional sentence can be imposed for any offence unless, as stipulated by s.742.1,

[7] *Proulx*, *supra* note 1 at para. 13.

[8] See the analysis in A. Manson, "The Reform of Sentencing in Canada", *supra* note 3.

[9] N. Morris & M. Tonry, *Between Prison and Probation: Intermediate Punishments in a Rational Sentencing System* (New York: Oxford University Press, 1990).

[10] Tonry has continued to be supportive of intermediate sanctions although he has not been satisfied that they have produced salutary results to the extent that he originally anticipated: see M. Tonry, *Sentencing Matters* (New York: Oxford University Press, 1996) at 100–133.

[11] *Proulx*, *supra* note 1 at para. 28.

[12] Lamer, C.J.C. states in clear terms that the evidence suggests that Parliament intended a conditional sentence to address both punitive and rehabilitative objectives; *Ibid.* at para.23.

it is an offence that carries a "minimum term of imprisonment". This is an important point. It means that no offence is so intrinsically grave that it is precluded from consideration for a conditional sentence regardless of the circumstances of the offence and the circumstances of the offender. Of course, some offences include features as essential elements that would make the availability of a conditional sentence unlikely. A number of specific offences were used in argument in *Proulx* as examples of situations where a conditional sentence should not be considered: sexual offences against children, aggravated sexual assault, manslaughter, serious fraud or theft, serious morality offences, impaired or dangerous driving causing death or bodily harm, and trafficking in narcotics or possession for the purpose of trafficking. The response was unequivocal: a conditional sentence is available in principle for all offences where the statutory prerequisites are met.[13] Sentencing courts are well-suited to characterizing less grave instances of offences and to identifying the individual factors which can change or even reverse the lens usually used to assess the offence.

Manslaughter is a good example. A non-custodial sanction may be unlikely and even rare but it cannot be excluded from consideration out of hand. There have been cases where the history between the parties, the context of the killing and post-offence rehabilitative efforts combine to suggest a basis for sympathy that negates the usual demand for a retributive response. In a case that occurred prior to the conditional sentence regime, a suspended sentence was imposed on a young man convicted of manslaughter in respect of the killing of his father.[14] Moldaver, J. characterized the brutal environment in which the father had essentially imprisoned and abused his son as "horrendous domination" and used adjectives like "cruel, insensitive, inhumane and unthinkable" to describe it. In a more recent example, *Getake*[15], a woman was convicted of manslaughter after being tried on first degree murder in relation to the killing of her husband. While the jury had not accepted the self-defence evidence, the judge considered the extensive psychiatric evidence and found that she had been depressed and suffering from chronic post traumatic stress syndrome at the time of the offence due to abuse inflicted by the husband. After hearing about her efforts to rebuild her life with her children in a new location, he imposed a conditional sentence of two years less a day. The same result occurred, and was upheld on appeal, in *Turcotte*[16] where the accused had killed his mother after they had spent the day drinking. In this case, the major reason for the conditional sentence was the dramatic positive changes in the offender's life since the offence.[17] This brief review is not intended to support the proposition that manslaughter should result in a non-custodial sentence but simply to illustrate that there may be situations where an individualized inquiry may suggest that a conditional sentence is appropriate.

(b) The judge's initial or threshold decision: Section 742.1(a) requires that the situation be one where the court "imposes a sentence of imprisonment of less than two years". This

[13] *Ibid.* at para. 79

[14] *R. v. Millar* (1994), 31 C.R.(4th) 315 (Ont.Gen.Div.).

[15] *R. v. Getkate*, [1998] O.J. No. 6329 (Ont.Gen.Div.).

[16] *R. v. Turcotte* (2000), 144 C.C.C.(3d) 139 (Ont.C.A.).

[17] Given the brutality of the killing, the case has generated some controversy and may be a better example of the impact of deference on the scope of appellate review than of conditional sentence jurisprudence. David Paciocco, at this symposium, has argued that deference would also have produced the converse result. That is, it would have insulated from review a sentence of imprisonment in the range of five years.

phrase and the use of the word "imposes" in the present tense has produced controversy about the role of, and decision-making methodology for, conditional sentences. However, these issues have now been laid to rest by the Supreme Court's decision in *Proulx*. Transcending the specific language, it is clear that s.742.1 speaks not to the specific sentence but to the sentencing context. The judge must have considered and rejected both a non-custodial sanction and a sentence of incarceration of two years or more. In other words, to make a conditional sentence a legitimate consideration, the appropriate penalty cannot be a non-custodial sanction, like a fine or probation, nor can it be a penitentiary term of imprisonment. To paraphrase Morris and Tonry, it must be "between penitentiary and probation". The sentencing judge must have rejected both the low-ball and high-ball submissions leaving as the sentencing context a potential sentence of incarceration of less than two years in length. At this stage, the sentencing judge does not impose a sentence but only determines that the sentencing context implicates s.742.1. While Lamer, C.J.C. defines the initial decision as simply one of excluding the lower and higher options, it seems to me, however, that it is prudent for the judge to contemplate the appropriate range of the correlative term of imprisonment at least in approximate terms. This way, there will be some yardstick to assist in maintaining proportionality, which, as I will discuss later, is a serious issue.

(c) The second stage of the decision

Here, the judge must determine a number of issues:

i. will service in the community endanger the safety of the community?
ii. will service in the community be consistent with the purpose and principles of sentencing set out in ss.718 to 718.2?
iii. if service in the community is justified, what should its duration be and what conditions should be attached to it?

i. Endangering the safety of the community:

The decision in *Proulx* has directed sentencing judges to look only to the risk of re-offending which service of the sentence in the community might generate. Thus, a concern about whether a conditional sentence may diminish the deterrent or denunciatory objective of sentencing is not a legitimate reason to hold that the safety of the community has been endangered. Risk, however, is not restricted to offences against the person that may cause physical or psychological injury but also includes the risk of economic harm through the loss of property or financial resources. The risk assessment includes both the extent and gravity of potential risk. Here, the words of Lamer, C.J.C. are tough:

> If the judge finds that there is a real risk of re-offence, incarceration should be imposed. Of course, there is always some risk that an offender may re-offend. If the judge thinks this risk is minimal, the gravity of the damage that could follow were the offender to re-offend should also be taken into consideration. In certain cases, the minimal risk of re-offending will be offset by the possibility of a great prejudice, thereby precluding a conditional sentence.[18]

A judge can countenance some risk of re-offending. Moreover, the circumstances may suggest specific conditions which can further

[18] *Proulx*, *supra* note 1 at para. 69.

ameliorate the risk of re-offending to the point where service in the community is justified.[19]

Lamer, C.J.C. makes two interesting observations when discussing conditions in relation to endangerment of the community. First, he mentions the drug addict who may be a suitable candidate for a conditional sentence because of the way that conditions can structure a rehabilitative context. Secondly, he says the "judge must know or be made aware of the supervision available in the community".[20] If the level of supervision is inadequate to "ensure safety", then the offender should be incarcerated.[21] There is no question but that it is important for sentencing judges to be familiar with the current inventory of resources in their communities. We all recognize that the insertion in the Code of an option does not guarantee that the responsible authorities, usually provincial or territorial agencies, will provide the resources and infrastructure to make it work effectively and fairly.[22] The answer to the resource problem cannot simply be incarceration. Given the underlying Parliamentary intention to reduce incarceration, sentencing judges ought to state publicly that the reason for incarceration is the absence of appropriate supervisory resources.

ii Conforming with the principles in 718 to 718.2:

A number of important observations can be distilled from the *Proulx* decision. First, the principle of restraint reflected by ss.718(c) and 718.2(d) and (e) applies to the choice between a conditional sentence and a prison sentence.[23] While there is no presumption in favour of a conditional sentence for any particular offence[24], assuming that there is no risk of danger to the safety of the community, the principle of restraint suggests a tilt in favour of a conditional. This, it seems to me, must be the case. Consider how Lamer, C.J.C. describes the nature of the conditional sentence as it relates to the objectives of sentencing and the 1996 amendments:

> Two of the main objectives underlying the reform of Part XXIII were to reduce the use of incarceration as a sanction and to give greater prominence to the principles of restorative justice in sentencing-the objectives of rehabilitation, reparation to the victim and the community, and the promotion of a sense of responsibility in the offender.
>
> The conditional sentence facilitates the achievement of both of Parliament's objectives. It affords the sentencing judge the opportunity to craft a sentence with appropriate conditions that can lead to the rehabilitation of the offender, reparations to the community, and the promotion of a sense of responsibility in ways that jail cannot. However, it is also a punitive sanction. Indeed it is the punitive aspect of a conditional sentence that distinguishes it from probation.[25]

When a judge applies proportionality and restraint in an individualized way to the gravity of an offence as committed by the particular offender, he or she is seeking to determine which of the

[19] *Ibid.* at para. 72, relying on the language in s.742.3(f) and the decision in *R. v. Wismayer* (1997), 115 C.C.C. (3d) 18 (Ont. C.A.) at 32.

[20] *Ibid.* at para. 73.

[21] *Ibid.*

[22] Note the disparate availability of curative discharges under s.255(5) and fine option programs under s.736(1).

[23] *Proulx, supra* note 1 at para. 95.

[24] *Ibid.* at para. 85.

[25] *Ibid.* at paras. 98–99.

potential objectives of sentencing ought to be addressed. Some of the objectives in s.718 are reformative and others are retributive or penal. The reformative objectives are rehabilitation and reparation. These encompass the goals that are customarily described as restorative. The retributive or penal objectives are denunciation, deterrence, and separation. The duality in the basic nature of a conditional sentence means that the tilt is in its favour for two reasons: (1) we are assuming a finding of no danger in terms of a risk of harm caused by re-offending; and (2) a penal objective can be served by the conditional sentence. The conclusion seems to be that imprisonment should be chosen only when the gravity of the offence points to a penal objective either to the complete exclusion of any interest in rehabilitation or reparation, or to an extent that cannot be accommodated by a conditional sentence, no matter how onerous the conditions. However, the simple existence of aggravating factors in relation either to the offence or the offender does not, by itself, negate the possibility of a conditional sentence[26], although factors that aggravate the gravity of the offence may reinforce the claim for a penal objective.

iii. Duration of the conditional sentence:

This is an important issue which bears on proportionality and may ultimately affect the efficacy of conditional sentences. Lamer, C.J.C. has made clear his view that there need be no equivalence between a conditional sentence and the length of a prison term that would otherwise be imposed. He does not, however, say that a conditional sentence must be longer than the correlative sentence of imprisonment only that it can be. After explaining why the decisions about duration and venue cannot be separated[27], he states:

> This approach does not require that there be any equivalence between the duration of the conditional sentence and the jail term that would otherwise have been imposed. The sole requirement is that the duration and conditions of a conditional sentence make for a just and appropriate sanction.[28]

Other than the rejection of a penitentiary term, the decision about duration only arises within the context of making the decision between a conditional sentence and a prison sentence. A fair decision may be to impose a conditional sentence with a period of control that is longer than the correlative custodial term. This suggests an equivalence not in length but in penal bite, that is, the amount of denunciation that the conditional sentence provides through its public expression and its operative conditions.

Lamer, C.J.C. notes that "duration will depend on the type of conditions imposed"[29] and follows this comment with a discussion of the denunciatory potential of conditional sentences and the stigma that attaches to house arrest. The major influence on duration seems to be the amount of denunciation that the seriousness of the offence demands.[30] If a conditional sentence cannot provide the required amount of denunciation, then custody will be the result. This is not the case with general deterrence about which Lamer, C.J.C. warns that judges should be "wary" about placing too much weight on it as a factor in determining whether to permit service in the community. With respect to the ability to extend a conditional

[26] *Ibid.* at para. 115.
[27] *Ibid.* at para.52.
[28] *Ibid.* at para. 104.
[29] *Ibid.* at para. 52.
[30] *Ibid.* at para. 106.

sentence beyond what the correlative sentence of imprisonment would be, there is no indication that Lamer, C.J.C. means that duration can be extended to accommodate the suggested length of a treatment plan. Extending a state-imposed restriction of liberty for rehabilitative purposes beyond what can be justified by the offence would be contrary to usual sentencing practise. He has unhinged duration from the length of the correlative jail sentence but not for every case. An extension is only acceptable when the gravity of the offence requires it to serve its intrinsic denunciatory objective. Here, it must be remembered that the principles of proportionality and restraint also apply in determining the length of the conditional sentence. Extensions as a matter of practise are not dictated by the decision in *Proulx* and will run afoul of these principles if they are not restricted to proper cases.

(d) Conditions:

The Supreme Court has encouraged creativity in crafting appropriate conditions.[31] Contrasting conditional sentences with the purely rehabilitative nature of probation, the Supreme Court said:

> ...Parliament intended that conditional sentences include both punitive and rehabilitative aspects. Therefore, conditional sentences should generally include punitive conditions that are restrictive of the offender's liberty.[32]

Significantly, Lamer, C.J.C. indicated that "punitive conditions such as house arrest should be the norm not the exception". Still, the most important factors are whether the conditions are needed to address safety through restricting the opportunity to re-offend and the extent to which the offender's circumstances point to special conditions which will have rehabilitative, restorative or denunciatory value. Restraint applies to the imposition of conditions and courts should be careful not to heap on more terms without clear justification and without regard to their effectiveness. It should be noted that once imposed, conditions can be varied.[33]

In discussing conditions, Lamer, C.J.C. adopted a statement made in a speech by Rosenberg, J.A. in which he warned against the use of conditions that were "purely cosmetic and are incapable of effective enforcement".[34] This comment reflects the dual concern that restraint should be exercised to ensure that conditions are necessary and practicable. They should not be imposed if there are no resources to effect and supervise them. Mr. Justice Rosenberg also expressed concern about conditions which could only be enforced "through an intolerable intrusion into the privacy of an innocent person". Here, one should pause to note the burden which house arrest may produce for others. While Lamer, C.J.C. expressed concern that conditional sentences should "generally" contain punitive

[31] *Ibid.* at para. 117.

[32] *Ibid.* at para. 127.

[33] Conditions can be varied upon application of the supervisor if a change in circumstances makes a change to the optional conditions desirable (see s.742.2(1)). The supervisor must give written notification of the proposed change and the reasons for it to the offender, the prosecutor and the court (see s.742.4(1)). The parties have seven days to request a hearing, or the court can order one of its own initiative (see s.742.4(2)). If no hearing is required, the proposed change takes effect 14 days after the court originally received notification of the proposed change (see s.742.4(4)). The offender or the prosecutor can also seek a change to the optional conditions, but there must always be a hearing to consider the proposed variation (see s.742.4(5)). If there is a hearing, it must be held within 30 days after the court received notification of the proposed change (see ss.742.4(2) and (5)). At the hearing, the court can approve or refuse the proposed change, and can make any other changes to the optional conditions that it deems appropriate (see s.742.4(3)).

[34] See *Proulx*, *supra* note 1 at para. 117.

conditions that restrict liberty[35], house arrest is only one example and should not be imposed without considering whether the environment permits it.[36] There have been other examples of inappropriate obligations on third parties like the unconscionable conditions in *Waldner*[37] that the family move to a place where no children lived within a ten mile radius and pay personally for all therapeutic costs. These were quickly deleted after a period for reflection.[38]

(e) Deference to Trial Judges:

Again in *Proulx*, the Supreme Court repeated and emphasized its earlier decisions[39] which articulated the standard of "considerable deference"[40] which controls the relationship between an appellate court and the original trial court. In essence, absent either an error in principle, the consideration or an irrelevant factor, the over-emphasis of a relevant factor, or a demonstrably unfit sentence, an appellate court should not intervene. Applying this standard to conditional sentence decisions, the Supreme Court has indicated that the questions "as to what objectives should be pursued and the best way to do so" may generate different views but a disagreement between the court of appeal and the trial judge does not justify interference.[41] This suggests an enhancement of the role of the trial judge with respect to the characterization of the gravity of the offence, the objectives which need to be addressed, and the balance between them. Here, it should be pointed out that the entrenchment of deference has become the subject of attention by some appellate courts, who are concerned that its application may deny some offenders of a fair right of appeal.[42] This may become more apparent in conditional sentence cases given the domain of issues that seem to have been delegated pre-eminently to the trial judge's discretion. Of course, the inclusion of "over-emphasis" of a relevant factor as a lever that permits review must also necessarily include the corollary of "under-emphasis" of a relevant factor. Surely, this is logical.[43] This recognition ought to provide some opportunity for review if an appellate court considers that a trial judge has wrongly appreciated the significance of a relevant factor in a way that has slanted the ultimate balance.

While the repetition of the deference standard should come as no surprise, when the various principles were applied to the facts, Lamer, C.J.C. also adds the following observation:

> ...trial judges are closer to their community and know better what would be acceptable to their community.[44]

This cannot mean that public acceptability is a legitimate factor. Over time, one hopes that sentences are understood and accepted

[35] *Ibid.* at para. 127, in the second element of the summary.

[36] One can also raise the issue of comparing one individual's home to another to determine whether house arrest will be too comfortable: see the discussion in the Quebec Court of Appeal case *R.* v. *Juteau*, [1999] J.Q. No. 1862 (Que.C.A.) where, in dissent, Fish J.A. would have maintained the conditional sentence but with a four month period of house arrest.

[37] *R.* v. *Waldner* (1998), 15 C.R.(5th) 159 (Alta.C.A.) *per* Cote and Picard, JJ.A; Berger, J.A. dissenting.

[38] (1998), 15 C.R. (5th) 174 (Alta.C.A.) per Cote and Picard, JJ.A. deleting the two offensive conditions six weeks after they imposed them.

[39] *R.* v. *Shropshire* (1995), 43 C.R.(4th) 269 (S.C.C.); *R.* v. *M.(C.A.)* (1996), 46 C.R. (4th) 269 (S.C.C.); *R.* v. *McDonnell* (1997), 6 C.R. (5th) 231 (S.C.C.).

[40] *Proulx*, *supra* note 1 at para. 123.

[41] *Ibid.* at para. 125.

[42] See *R.* v. *Mafi* (2000), 31 C.R. (5th) 60 (B.C.C.A.) *per* McEachern, C.J.B.C. at 75–77 and 83.

[43] This was applied by McLachlin, J. as she then was (dissenting on other grounds), in *MacDonnell*, *supra* at note 39.

[44] *Proulx*, *supra* note 1 at para. 131.

by informed members of the community. However, we live in "law and order" times. It is a dangerous use of words to suggest that, as a precept, public acceptability should influence judicial decision-making.

4. THE COMPANION CASES

While *Proulx* has answered a number of the controversies generated by the addition of s.742.1 into the Criminal Code, it has not turned the judge's role into an easy one. The difficulty in applying these principles to the hard cases which commonly come to court is exemplified by the results in the companion cases released the same day as *Proulx*. In *Bunn*[45], a case of breach of trust theft by a lawyer, the Supreme Court upheld the conditional sentence by a margin of five to three. The fact that the offender was the sole care-giver for a disabled spouse was a significant factor militating against a custodial term.[46] In *R.* v. *L.F.W*[47], the judges split evenly on whether to uphold a conditional sentence for a man who, more than 25 years before, committed offences of indecent assault and gross indecency on a young girl who was between the ages of 6 and 12. The offender apparently committed no other offences during the interim, had dealt successfully with an alcohol problem and had a good work record. In *R.* v. *R.N.S*[48], all judges agreed that the nine-month sentence of imprisonment should be restored in a case of sexual assault and invitation to sexual touching committed on a step-daughter who was between the ages of five and eight. The case of *R.* v. *R.A.R.*[49] involved a sexual assault conviction and two convictions for common assault committed at the workplace by an employer on an employee in her early twenties. L'Heureux-Dube, J. and five other judges allowed the appeal restoring the one year term of imprisonment. In dissent, Lamer, C.J.C. would have maintained the nine month conditional with house arrest and sex offender treatment although they remarked that a lengthier conditional sentence would have been preferable. In the result, only *Bunn* and *L.F.W.* maintained their conditional sentences but not without significant dissent. For the other three offenders, a sentence of imprisonment was substituted although stayed since the conditional sentences had already been served and the Crown was not requesting additional punishments.

5. CONDITIONAL SENTENCES, S.718.2(E) AND ABORIGINAL OFFENDERS

A few weeks after the decision in *Proulx*, the Supreme Court issued it decision in *Wells*[50], which applied the *Proulx* principles and s.718.2(e) as interpreted in *Gladue*[51] to the situation of an aboriginal offender who had been convicted of sexual assault. The victim, an 18-year old aboriginal woman, was unconscious at the time of the assault and there was no evidence of penetration. Wells was originally sentence to 20 months imprisonment. The Alberta Court of Appeal upheld the trial judge's rejection of a conditional sentence notwithstanding fresh evidence of the offender's involvement in a community alcohol program and his intention to attend a residential program as soon as a place

[45] *Ibid.*

[46] This decision has been criticized for the way that it diminishes the gravity of offences of dishonesty committed by a lawyer: see A. Kaiser, "*R.* v *Bunn*: A Disconcerting Judicial Response to the Dishonest Lawyer" (2000), 30 C.R. (5th) 102.

[47] *L.F.W.*, *supra* note 1.

[48] *R.N.S.*, *supra* note 1.

[49] *R.A.R.*, *supra* note 1.

[50] *Wells*, *supra* note 1.

[51] *Gladue*, *supra* note 6.

was available. For the Supreme Court, the issue was the significance of the restorative goal in light of the seriousness of the offence. Deferring to the assessment of the trial judge, Iacobucci, J. for a unanimous Court concluded that "it was open to the trial judge to give primacy to the principles of denunciation and deterrence in this case on the basis that the crime involved was a serious one".[52] He also observed that, while offences which could be placed in the category of "more violent and serious" were more likely to result in imprisonment, this was not intended to foreclose a finding that a restorative goal was predominant, especially if circumstances pointed to particular community-based response to the kind of offence in issue. Here, one can infer that he was referring to an example like Hollow Water and its response to sexual assault.[53]

If one dissects *Wells*, the proper approach for considering a conditional sentence for an aboriginal offender involves the following sequential considerations:

1. A preliminary consideration and exclusion of both a suspended sentence with probation and a penitentiary term of imprisonment as fit sentences;

2. Assessment of the seriousness of the particular offence with regard to its gravity, which necessarily includes the harm done, and the offender's degree of responsibility;

3. Judicial notice of the "systemic or background factors that have contributed to the difficulties faced by aboriginal people in both the criminal justice system, and throughout society at large"; and

4. An inquiry into the unique circumstances of the offender, including any evidence of community initiatives to use restorative justice principles in addressing particular social problems.

While counsel and pre-sentence reports will be the primary source of information regarding the offender's circumstances, there is a positive duty on the sentencing judge to inform herself.[54] Assuming that the appropriate sentence is a prison sentence less than two years in length, the judge can, after considering the factors in #2–#4 above, determine whether a conditional sentence with relevant terms should be ordered.

6. UNDERSTANDING THE BREACH MECHANISM

One aspect of the conditional sentence that receives little attention in *Proulx* is the complex breach mechanism in s.742.6. It is the subject of only a few brief remarks. First, Lamer, C.J.C. notes that breaches of conditional sentences can be proven on a balance of probabilities although he is careful to add that he is not commenting on the constitutionality of this diminution of the Crown's burden.[55] Secondly, and potentially

[52]See *Wells*, *supra* note 49 at para. 44.

[53]*Ibid.* at para. 50, in which specific reference is made to sexual assault. For a detailed account of the sentencing process developed at Hollow Water, see Ross Gordon Green, *Justice in Aboriginal Communities* (Saskatoon: Purich Publishing, 1998) at 85–95.

[54]For a discussion of the sentencing judge's duty to be informed, see *R.* v. *Laliberte* (2000), 31 C.R. (5th) 1 (Sask.C.A.) *per* Vancise, J.A. at 31–35. He notes that the trial judge heard evidence from Prof. Tim Quigley about the poverty, substance abuse and racism which aboriginal people in Saskatchewan suffer.

[55]See *Proulx*, *supra* note 1 at para. 38.

more significantly, he offers the view that a conditional sentence breach should be more onerous than a breach of probation.[56] This is consistent with the general approach of distinguishing conditional sentences from probation by ensuring a heavier punitive component. However, he follows this up with the comment that "there should be a presumption that the offender serve the remainder of his or her sentence in jail" if a condition has been breached.[57] This second brief comment about the consequences of a breach is not explained except that it is "more severe" than the consequences of a probation breach by providing a "constant threat of incarceration". If followed, this could have substantial impact on proportionality in that it has the potential of increasing the ultimate restriction of liberty, including custodial periods, beyond what the original offence can justify.

There are, however, reasons why an appellate court might classify the comments about breaches as non-binding *obiter* and not apply the presumption of incarceration. First, there is no real discussion of the elements of the breach mechanism in *Proulx* and it is conspicuously absent in the summary of general propositions.[58] Secondly, *Proulx* does not mention the 1999 amendments[59], which have changed the conceptual structure of the breach mechanism by stopping the clock after a breach allegation is commenced. Thirdly, the 1999 amendments contain specific provisions[60] that bear on the expanded restriction of liberty that occurs after a breach allegation is commenced and, accordingly, relate to proportionality. These were not before the court in *Proulx*. These factors suggest that *Proulx* was not meant to be decisive on breach issues. The Supreme Court has commenced the project of crafting a new intermediate sanction which will need to be integrated with its statutory breach process. This part of the project has not been accomplished by *Proulx*.

Section 742.6 was substantially revised in 1999 to address the criticism that the breach mechanism diminished the conditional sentence because it did not stop the clock running while a breach allegation was being considered. This has now been remedied. The first element of the breach mechanism is the requirement of an expeditious proceeding which must be commenced within 30 days of the offender's arrest for the alleged breach (with or without a warrant) or other authorized order compelling the offender's appearance.[61] Once commenced, it can be adjourned for reasonable periods until the breach allegation is determined. The breach allegation can be heard by any court with jurisdiction either where the breach is alleged to have been committed or where the offender is arrested. The conditional sentence is suspended commencing with the issuance of a warrant, the arrest without a warrant, or, if the offender is otherwise in custody, the compelling of the offender's appearance to answer the breach allegation under s.742.6(1)(d). The suspension continues until there is a determination whether a breach occurred or not. However, during the period of suspension, if the offender is not detained in custody, s.742.6(11) provides that the original conditions continue to apply pending the resolution of the breach issue. The breach

[56] *Ibid.* at para. 27.
[57] *Ibid.* at para. 39.
[58] *Ibid.* at para 127.
[59] See R.S.C. 1999, c.5, s.41.
[60] See, for example, s.742.6(11), discussed below, that continues the conditions even though the conditional sentence is suspended.
[61] See ss.742.6(3) and (1).

allegation "must be supported by a written report of the supervisor, which report must include, where appropriate, signed statements of witnesses".[62] That report is deemed to be admissible evidence at the hearing so long as the offender is given a copy and reasonable notice[63] but the offender can, with leave of the court, require the attendance of the supervisor or any witnesses who provided signed statements.[64]

The central provision of the breach mechanism is s.742.6(9) which provides the essential elements, the burden of proof and the available sanctions:

> Where the court is satisfied, on a balance of probabilities, that the offender has without reasonable excuse, the proof of which lies on him, breached a condition of the conditional sentence order, the court may....

One can hardly conceive of a more expeditious route to incarceration. It bears a marked similarity to the parole revocation process. The onus of proof has been reduced to a balance of probabilities and the proof of the existence of a reasonable excuse lies on the offender. While there is a strong argument that s.742.6 violates the presumption of innocence and the "golden thread" which requires the Crown to prove guilt beyond a reasonable doubt, as guaranteed by s.11(d) of the Charter, the issue has been addressed by two appellate courts who have rejected the argument.[65]

Section 742.6(9) also defines the potential consequences of a breach finding:

(a) take no action;
(b) change the optional conditions;
(c) suspend the conditional sentence order and direct
    (i) that the offender serve in custody a portion of the unexpired sentence, and
    (ii) that the conditional sentence order resume on the offender's release from custody, either with or without changes to the optional conditions; or
(d) terminate the conditional sentence order and direct that the offender be committed to custody until the expiration of the sentence.

Remembering the comment in *Proulx* about the "presumption of incarceration", custody can be ordered for a portion or the entire duration of the unexpired sentence. Here, it is important to note that, as a result of the breach allegation, the offender may have been detained in custody or, if in the community has been subject to conditions without the conditional sentence running. In either case, there has been an additional restriction of liberty that must be factored into the determination of the appropriate response to the breach finding. To ensure fairness and proportionality, the judge at the breach hearing should consider re-crediting some of the time on suspension toward the sentence

[62]See s.742.6(4).
[63]See s.742.6(5).
[64]See s.742.6(8).
[65]In *R.* v. *Casey* (2000), 30 C.R. (5th) 126 (Ont. C.A.) the Ontario Court of Appeal relied on *Cunningham* v. *The Queen* (1993), 80 C.C.C. (3d) 492 (S.C.C.) *per* McLachlin, J., a case dealing with denial of release on mandatory supervision as a result of the new detention provisions, to conclude that there was no breach of s.7 arising from the use of the balance of probabilities standard and the reverse onus. In *R.* v. *Whitty* (1999), 24 C.R. (5th) 131 (Nfld.C.A.), the majority judgment of Gushue, J.A. held that a conditional sentence is a term of imprisonment that is being served in the community and the breach procedure is Aaimed only at determining whether changed circumstances should lead to a variation of the manner in which that imprisonment should be served.

under ss. 742.6(14)[66] and 742.6(16)[67]. The judge should take into account the gravity of the breach and the gravity of the original offence in terms of the correlative jail term that could have been produced to ensure that an inordinate loss of liberty does not arise from the suspension of the conditional sentence. This concern will be enhanced if the duration of the conditional sentence was increased substantially beyond the correlative jail term.

7. FRAMING SENTENCING POLICY AS REFLECTED BY *PROULX*

When reading *Proulx*, there is a real sense of trying to turn the clock back. That is, its author is asking questions about how s.742.1 and its related provisions might be fitted into the *Code's* sentencing scheme after it has already been placed there. At the end of the day, we seemed to have returned to a time when people were arguing for a new intermediate sanction — one that would not be restricted to the purely rehabilitated focus of probation, one which would have some penal bite to it, but one which would avoid, at least in the first instance, incarceration. This is a legitimate argument. But it ought to be made to a legislature, not a court, where its resolution might carry with it a guarantee of resources to ensure success, or at least a good chance at success.

After *Proulx*, we have a new intermediate sanction. It bears some resemblance to intensive probation and some resemblance to judicially-imposed instantaneous parole. It can be suspended and revoked without regard for proof beyond a reasonable doubt in relatively expeditious fashion.

Certainly, this has advantages over a sentencing landscape that does not include a *Proulx*-shaped conditional sentence. However, one can predict certain implications that will follow *Proulx*:

1. there will be fewer conditional sentences;
2. conditional sentences will be of longer duration;
3. they will contain more restrictive conditions especially more house arrest
4. there will be less intervention by appellate courts;
5. proven breaches will result in more incarceration for longer periods.

While Lamer, C.J.C. was concerned in *Proulx* to ensure that the conditional sentence did not widen the net by moving more into an area previously occupied by non-custodial sanctions, the resulting sanction may have widened the net at the other end. Moreover, there is no reason to expect that the resources required to supervise this new intermediate sanction with restrictive conditions will be provided.

Going back to the original enigma (when should a sentence of imprisonment not be served in prison), the answer may lie in the recognition that the decision between a conditional sentence and a sentence of imprisonment is about denunciation. The tilt should be towards a conditional sentence unless the denunciatory objective outweighs the reformative ones. As result, the important questions are:

1. Was the specific offence, although of a type that ordinarily requires denunciation, committed in circumstances that diminish the need for denunciation;

[66]This deals with delay in executing the breach warrant, a period during which the conditional sentence is suspended by s.742.6(1).

[67]This applies in exceptional cases and in the interests of justice. The required considerations are in s.742.6(17).

2. Are there personal circumstances which make it unfair to the offender or an undue hardship on others to require the offender to carry the denunciatory message; or

3. Are there circumstances that suggest that the denunciatory message can be conveyed in some way other than incarceration?

Whether this approach is reconcilable with *Proulx* and whether it will provide a better analytical framework for judges is worthy of debate. Without a clearer framework and with deference restricting appellate review, offenders are at the mercy of how a particular trial judge characterizes the gravity of the offence and the risk of re-offending presented by the offender. In carrying out the complex balancing tasks discussed in *Proulx*, judges must be cautious that inherent biases do not privilege certain offenders and disadvantage others. They must also be sensitive to the underlying parliamentary direction to move away from incarceration as an easy and prevalent response whenever the pre-conditions of s.742.1, in conformity with the principles and objectives of sentencing, permit it.

CONDITIONAL SENTENCES, RESTORATIVE JUSTICE, NET-WIDENING AND ABORIGINAL OFFENDERS

Kent Roach[1]

Professor of Law and Criminology, University of Toronto

INTRODUCTION

The Supreme Court's six recent decisions in conditional sentencing cases provide a good opportunity to reflect on conditional sentences as one of the most important and controversial innovations in sentencing in decades. The cases themselves do not answer all the questions and they sometimes point in ambiguous and even contradictory directions. This is not surprising because conditional sentences are themselves quite Janus-faced. They are criticized by some as a slap on the wrist for those who should be punished severely and as a glorified probation order. On the other hand, they are criticized as an intrusive form of net-widening imposed on offenders who would never have gone to prison.

The Supreme Court offers some answers to both these criticisms but the result is something of an unsatisfying saw off. In an attempt to make conditional sentences meaningful and to distinguish them from probation orders, the Court has encouraged the use of punitive conditions such as house arrest and curfews and onerous restorative conditions such as treatment orders. It has also authorized trial judges to order conditional sentences that are longer than equivalent jail terms and has created a new presumption that offenders will be jailed upon proof of breach for the duration of the conditional sentences. These factors may make conditional sentences more meaningful, but they may also contribute to net widening and even the eventual imprisonment of offenders serving conditional sentences.

At the same time, the Court has probably not convinced critics (and perhaps itself) that conditional sentences are a severe enough sanction for serious crimes. Although the Court rejected Crown arguments that conditional sentences are an inherently disproportionate response to serious crimes such as sexual assault and dangerous driving causing death, it did indicate that the need to deter and denounce such crimes can justify the use of imprisonment. This aspect of the Court's decision may also increase net widening by reducing the opportunities to use conditional sentences as true alternatives to jail. As such I am not optimistic that conditional sentences will reduce reliance on imprisonment and in particular the overincarceration of Aboriginal people. Indeed, there is even a danger that conditional sentences will unintentionally help increase the overincarceration of Aboriginal people and other offenders.

Another important feature of the conditional sentence cases is the Court's embrace of restorative justice as a sentencing approach which justifies the use of conditional sentences. The reliance on restorative justice adds to the ambiguity and complexity of the conditional sentence jurisprudence because restorative justice has not traditionally been seen as a sentencing philosophy

[1]Professor of Law and Criminology, University of Toronto. I represented Aboriginal Legal Services of Toronto in *R.* v. *Gladue* (1999), 23 C.R. (5th) 197 (S.C.C.) and *R.* v. *Wells* (2000), 30 C.R. (5th) 254 (S.C.C.). The views expressed here are my own.

and it means different things to different people. There is also a danger that the Court's understanding of restorative justice and its equation of the use of restraint in imprisonment with the use of onerous restorative conditions in conditional sentences will, when combined with the unwillingness of the Court to use conditional sentences in the most serious cases, also increase netwidening and perhaps the overincarceration of Aboriginal people.

The first part of this brief discussion paper will examine the issue of net widening. The second part will then examine how the Court has approached the use of conditional sentences in cases of serious crimes, including its understandings of proportionality, denunciation and deterrence. The third part will examine the Court's understanding of restorative justice. The fourth part will then reflect on the possible effects of the Court's conditional sentencing jurisprudence on Aboriginal offenders.

I. NET WIDENING

I take net widening to refer to any process in which offenders are subject to more intrusive sanctions than before. Thus net widening would occur if offenders who would be fined or subject to a probation order are now subject to a conditional sentence. It would also occur should an offender who would not normally be imprisoned be sent to jail because of a breach of a conditional sentence order or be jailed for a longer period of time than if he or she had never been subject to a conditional sentence order. This may be a slightly wider definition of net widening than used by others but I believe it is one that makes sense for policy-makers.

The Canadian experience with conditional sentences strongly suggests conditional sentences have resulted in net widening.[2] In the first two years of their existence, over 28,000 conditional sentences were ordered.[3] It is clear that prison populations did not decrease by such a large number even though conditional sentences were defined as sentences of imprisonment that should be served under strict conditions in the community.

At one level, the Court has responded to concerns about net widening in its recent conditional sentence cases. The Court has attempted to define conditional sentences as a tough sanction just short of imprisonment. Hence Chief Justice Lamer has stated that conditional sentences must be distinguished from probation by punitive conditions such as house arrest and strict curfews. He added:

> There must be a reason for failing to impose punitive conditions when a conditional sentence order is made. Sentencing judges should always be mindful of the fact that conditional sentences are only to be imposed on offenders who would otherwise been sent to jail. If the judge is of the opinion that punitive conditions are unnecessary, then probation, rather than a conditional sentence, is most likely to be appropriate.[4]

The Court has made an admirable attempt to situate conditional sentences at the harsh end of the scale of intermediate sanctions short of imprisonment. If courts follow this advice, then there should be a reduction in the use of conditional sentences and an increase in the use of probation orders and other less severe

[2]D. Cole, "What a Mesh We're In: Conditional Sentences After the First Three Years" (Regional Seminar of the Ontario Court of Justice, Fall 1999) [unpublished].

[3]J. Roberts, "The Hunt for the Paper Tiger: Conditional Sentencing After *Brady*" (1999) 42 Crim. L.Q. 38.

[4]*R. v. Proulx* (2000), 30 C.R. (5th) 1 (S.C.C.) at para. 37.

sanctions. Conditional sentences should be reserved for serious crimes that require onerous restorative and punitive conditions, but not actual imprisonment.

It is my view that the above scenario is overly optimistic for a variety of reasons. As will be discussed in the second part of this discussion paper, the Court has sent a message that conditional sentences will rarely be appropriate for serious offences which require denunciation and deterrence. It is in these cases that conditional sentences could most often be a genuine alternative to imprisonment. The caution about using conditional sentences in the most serious cases decreases the opportunities for using conditional sentences as true alternatives to significant prison terms.

Another concern is that when conditional sentences are used, the Court has written a virtual prescription for net widening. The Court has held that the length of a conditional sentence can be longer than an actual term of imprisonment. This may be acceptable if conditional sentences are used as real alternatives to imprisonment, but if they are not, it means that offenders will be subject to conditions for a longer duration of time than a probation order. This in itself is net widening. It also increases the possibility of a breach. Next the Court instructs trial judges that punitive conditions such as house arrest and curfews "should be the norm, not the exception".[5] This again increases the chance of breach especially in those provinces which employ electronic monitoring which make such conditions enforceable. To be fair, however, it should be noted that the Court also warned trial judges that "conditions will prove fruitless if the offender is incapable of abiding by them, and will increase the probability that the offender will be incarcerated as a result of breaching them."[6] This and the Court's comment about the need for enforceable conditions, however, should be seen more against the backdrop of direct imprisonment as an alternative.

Finally, and as will be discussed in the third part of this discussion paper, the Court's emphasis on restorative justice also has the potential to contribute to net widening by encouraging judges to impose conditions designed to rehabilitate the offender and provide reparation for the victim and the community. These conditions may be quite intrusive and this again increases the possibility of breaches. Thus the net cast over offenders subject to conditional sentences is long and thick. The likelihood of breaches increase with the severity and duration of conditions. In its recent cases, the Supreme Court has sent clear messages to trial judges to increase the length and severity of conditional sentences and to imprison offenders who breach the conditions.

The severe even draconian breach provisions also contribute to net widening. Those arrested for a breach face a reverse onus on bail. They also have an onus to demonstrate a reasonable excuse for the breach. Finally, the breach only has to be proven on a balance of probabilities and can be established on the basis of hearsay evidence such as a parole officer's report. Although the judge has a wide range of disposition options under s.742.6(9) once a breach has been established, the Supreme Court has effectively created a presumption for the most severe of the possible dispositions. Lamer C.J. has stated that "where an offender breaches a condition without reasonable excuse, there should be a presumption that the offender serve the remainder of his or her sentence in jail. This constant threat of incarceration will help to ensure that the offender complies with condition imposed...It also assists in distinguishing the conditional sentence from

[5] *Ibid.* at para. 36.
[6] *Ibid.* at para. 117.

probation by making the consequences of a breach of condition more severe."[7] Remember that the length of the conditional sentence will be longer than if the offender went directly to jail. This is a recipe for net widening.

II. SERIOUS CRIMES: PROPORTIONALITY, DETERRENCE AND DENUNCIATION

Many of the Crowns in the conditional sentence cases argued that conditional sentences were a disproportionately lenient response to serious crimes such as sexual assault and dangerous driving causing death. Their arguments reflected public concerns about the leniency of conditional sentences and the status of proportionality as the fundamental principle of sentencing. The Crowns lost on this point and the Supreme Court made clear that the only way that Parliament can exclude particular offences from conditional sentences is by amending the Code either to exclude the offence from the regime or by imposing a mandatory minimum term of imprisonment. The Court has also clearly indicated that 718.1 of the *Criminal Code* does not reflect a crude form of "just deserts" that ties punishment solely to the crime committed. Such an approach would collapse the distinct sentencing purposes of proportionality and denunciation[8] and ignore the reference in s.718.1 to the offender's degree of responsibility as well as the gravity of the offence. In rejecting Crown arguments that conditional sentences would not be a proportionate response to certain serious crimes, Chief Justice Lamer has strongly and in my view rightly concluded that such an approach "focuses inordinately on the gravity of the offence and insufficiently on the moral blameworthiness of the offender. This fundamentally misconstrues the nature of the principle. Proportionality requires that full consideration be given to both factors."[9]

The Crowns may have lost the proportionality war only to win significant battles on the issues of deterrence and denunciation. In *RNS*[10], an unanimous Court ruled that a 9 month conditional sentence was insufficient to deter sexual touching and sexual assault of a child. Four judges (admittedly in dissent) were of the same view in the similar case of *LFW*[11] and the decision to uphold the conditional sentence was related to deference to the trial judge, the fact that the offender had not re-offended in 25 years since the assault and the 21 month duration of the conditional sentence. In *Wells*[12], an unanimous Court upheld a 20 month imprisonment sentence for sexual assault as based on the need to deter and denounce such a crime. In *Proulx*, the Court again stressed general deterrence and denunciation in upholding a 18 month prison sentence for dangerous and drunken driving causing death and bodily harm. The message implicit in these decisions seems to be that imprisonment is well suited and perhaps necessary to deter and denounce serious crimes.

The Court has, however, left the door open a crack for trial judges to demonstrate that restorative sanctions can send a message to the community that both deters and denounces serious crimes. In a recent post-*Proulx* case, Vancise J.A. of the Saskatchewan Court of Appeal has concluded that punitive conditions in a conditional sentence can deter and denounce

[7] *Ibid.* at para. 39.
[8] See *R.* v. *M.(C.A.)* (1996), 46 C.R. (4th) 269.
[9] *Proulx*, *supra* note 4 at para. 83 [emphasis in original].
[10] *R.* v. *R.N.S.* (2000), 30 C.R. (5th) 63 (S.C.C.).
[11] *R.* v. *L.F.W.* (2000), 30 C.R. (5th) 73 (S.C.C.).
[12] *R.* v. *Wells* (2000), 30 C.R. (5th) 254 (S.C.C.).

drug trafficking.[13] As will be suggested in the third part of the paper, some forms of restorative justice may not only be a proportionate form of accountability for the offender but may help denounce and deter some crimes in some communities. As such the Court's connection of imprisonment with deterrence and denunciation is somewhat less absolute than would have resulted had the Crowns been successful in arguing that imprisonment is the only proportionate response to serious crimes. Nevertheless, trial judges and policymakers have some work to do in displacing the Supreme Court's implicit assumption that imprisonment is necessary to deter and denounce serious crimes.

Given the Supreme Court's recent pronouncements, is it necessary to amend the legislation to prevent the use of conditional sentences to respond to serious crimes such as sexual assault? At a superficial level, the answer may be yes because the Court has refused to declare that conditional sentences will always be a disproportionate response to such serious crimes. It has left open the possibility that trial judges can order conditional sentences in serious cases but only if they are satisfied 1) that the conditional sentence will respond to the gravity of the offence and the offender's degree of responsibility; 2) that it will achieve all the purposes of punishment including the deterrence and denunciation of the crime and 3) that the public will not be endangered by the prospect of the offender re-offending while on the conditional sentence. In the vast majority of serious cases, trial judges may conclude that all of the above requirements are not satisfied. A legislative amendment would, however, prevent trial judges from using conditional sentences in those exceptional cases where the above requirements are all satisfied. In such exceptional cases, the community, including Aboriginal communities, may often have made a real commitment to deal with the crime seriously. Thus an amendment preventing the use of conditional sentences in serious cases would achieve little, but frustrate trial judges and communities in those rare cases where they are both convinced that a conditional sentence is the appropriate response to a serious crime.

III. RESTORATIVE JUSTICE

An important and intriguing feature of these conditional sentencing cases (and *Gladue*[14]) is the Supreme Court's acceptance of restorative justice as a sentencing philosophy and one that supports the use of conditional sentences. It is now no longer possible to understand the jurisprudence of sentencing without understanding restorative justice as understood by the Supreme Court.

Restorative Justice as a Sentencing Philosophy

Restorative justice is most often used to describe informal and non-adjudicative forms of dispute resolution such as victim offender mediation, family conferences and Aboriginal forms of justice which give victims, offenders and the community decision-making power. The Law Commission of Canada has recently articulated three fundamental principles of restorative justice. They are 1) crime is a violation of a relationship among victims, offenders and the community 2) restoration involves the victim, the offender and community members and 3) a consensus approach to justice.[15] Restorative justice taken in its pure sense is more a form of diversion than a sentencing philosophy for judges who take their definitions of crime

[13] *R.* v. *Laliberte*, [2000] S.J. No.138

[14] *R.* v. *Gladue*, *supra* note 1.

[15] Law Commission of Canada, *From Restorative Justice to Transformative Justice: Discussion Paper* (Ottawa: Law Commission of Canada, 1999).

from the *Criminal Code* and caselaw, who hear submissions in the context of an adversarial system of justice and who, in theory, do not act on the basis of consensus. Restorative justice as employed by judges at sentencing may be more coercive and more conducive to net widening than when employed as a form of diversion.

The emergence of restorative justice as an approach to sentencing has been quick and dramatic. One need only to re-read the 1987 report of the Canadian Sentencing Commission to see how little impact restorative justice played in that important discussion of sentencing reform. The 1988 Daubney Committee did, however, express interest in restorative justice and this eventually found its way in the 1996 sentencing reforms in s.718(e) and (f) which provide that sentences may provide "reparations for harm done to victims or to the community and to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgement of the harm done to victims and the community." With some notable exceptions[16], most of those who contributed to the voluminous commentary that accompanied Bill C-41 did not see these provisions as a revolutionary new change in sentencing or one that ushered in restorative justice as a new paradigm for sentencing.

The Supreme Court, however, took these new provisions very seriously. In *Gladue*, Cory and Iacobucci JJ. observed that while the other objectives in s.718 were "in part, a restatement of the basic sentencing aims", ss.718(e) and (f) are new and along with rehabilitation (s.718(d)):

> ...focus upon the restorative goals of repairing the harm suffered by individual victims and by the community as a whole, promoting a sense of responsibility and an acknowledgement of the harm caused on the part of the offender, and attempting to rehabilitate or heal the offender. The concept of restorative justice which underpins paras (d), (e), and (f)....involves some form of restitution and reintegration into the community. The need for offenders to take responsibility for their actions is central to the sentencing process...Restorative sentencing goals do not usually correlate with the use of prison as a sanction. In our view, Parliament's choice to include (e) and (f) alongside the traditional sentencing goals must be understood as evidencing an intention to expand the parameters of the sentencing analysis for all offenders. The principle of restraint expressed in s.718.2(e) will necessarily be informed by this reorientation. [17]

Most of this crucial passage is quoted with approval by Lamer C.J. in *Proulx*[18], who adds that "Parliament has mandated that expanded use be made of restorative principles in sentencing as a result of the general failure of incarceration to rehabilitate offenders and reintegrate them into society. By placing a new emphasis on restorative principles, Parliament expects both to reduce the rate of incarceration and improve the effectiveness of sentencing."[19] These are crucial passages which deserve close analysis.

The Court interprets ss.718(e) and (d) as adding something genuinely new to sentencing and that is a desire to achieve restorative justice. The Court in *Proulx* defines restorative justice as attempts "to remedy the adverse effects of

[16]See E. Bayda, "The Theory and Practice of Sentencing: Are They On the Same Wavelength? Bill C-41 and Beyond" in P. Healy & H. Dumont, *Dawn or Dusk in Sentencing* (Montreal: Les Editions Themis, 1997) at pp. 3–20; see also K. Jull, "Reserving Rooms in Jail: A Principled Approach" (1999) 42 Crim. L.Q. 67.

[17]*Gladue*, *supra* note 1 at para. 43.

[18]*Proulx*, *supra* note 4 at para. 19.

[19]*Ibid.* at para. 20.

crime in a manner that addresses the needs of all parties involved. This is accomplished, in part, through the rehabilitation of the offender, reparations to the victim and to the community, and the promotion of a sense of responsibility in the offender and acknowledgement of the harm done to victims and to the community."[20] Restorative justice has become so important in these recent conditional sentence cases that the Court has articulated the balance to be achieved between punitive and restorative goals as the key feature in determining whether a conditional sentence will be appropriate.

The Supreme Court has gone beyond the New Zealand Court of Appeal in its recognition and embrace of restorative justice. This is ironic because New Zealand with its use of Maori inspired family conferences is in many ways the home of the recent movement towards restorative justice and has institutionalized restorative justice to a greater extent than Canada. Nevertheless, its highest court, the New Zealand Court of Appeal, has given restorative justice more limited recognition than the Supreme Court of Canada. In the *Clotworthy* case, it overturned a restorative sanction that would have given the victim of a violent robbery a $15,000 compensation order for cosmetic surgery to repair an embarrassing scar caused by six stab wounds in favour of a four year imprisonment sentence designed to deter others from offending.[21] The New Zealand Court of Appeal concluded that "a wider dimension must come into the sentencing exercise than simply the position as between victim and offender" including "the public interest in consistency, integrity of the criminal justice system and deterrence of others."[22] Although the New Zealand Court of Appeal added that its decision was not based on "any general opposition to the concept of restorative justice"[23], it was hardly a ringing endorsement as compared to *Gladue* and *Proulx*.

The Many Faces of Restorative Justice

Popular ideas in criminal justice will frequently mean different things to different people. The retributive 'just deserts' movement in the 1970's and 1980's made contradictory appeals to liberals who believed that it would decrease sentencing disparity and restrain the use of imprisonment imposed for reasons of deterrence and rehabilitation and conservatives who believed that it would legitimate the societal demand for meaningful and severe punishment. Restorative justice similarly has contradictory appeals to both those who see it as an onerous form of accountability and reparation for victims and those who emphasize that it is a less coercive alternative to imprisonment and a means to promote the rehabilitation of offenders. It will be important for policy makers to be sensitive to the way that restorative justice develops.

The Supreme Court's understanding of restorative justice is complex and multifaceted. On the one hand, the Court has revived traditional concerns about rehabilitation and restraint and placed them under the new rubric of restorative justice. This will allow judges to focus on the offender at least in cases where the crime is not so serious as to require a focus on deterrence and denunciation of the crime to others. Another face of restorative justice is harder on offenders. The Court has stressed that restorative sanctions are not easy and may involve shame and stigma as well the obligations to provide reparation to

[20] *Ibid.* at para. 18.

[21] See J. Braithwaite, "Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts" in M. Tonry, ed., *Crime and Justice A Review of Research* (Chicago: University of Chicago Press, 1999) at 1–127.

[22] *R.* v. *Clotworthy* New Zealand C.A. 114/98 (29 June 1998).

[23] *Ibid.*

victims. As discussed below, these conditions can be particularly onerous if enforced by means of conditional sentences. Even the focus on rehabilitation may encourage judges to use conditional sentences to respond to offenders' needs without adequate consideration of the coercion involved or the consequences and likelihood of a breach. The Court's understanding of restorative justice and its attraction to conditional sentences as an instrument to achieve restorative justice could contribute to net widening, especially if as discussed above, conditional sentences are not used in the most serious cases.

Restorative Justice and Reparation to Victims and the Community

The textual basis for using restorative justice as a sentencing philosophy is ss. 718(e) and (f) of the *Criminal Code*. The idea of reparation to victims and the community is a fundamental part of restorative justice as the Court understands it, but these provisions are quite ambiguous and the Court has yet to clarify them.

An important issue will be the relative emphasis that is placed on reparation and acknowledgement of harm to victims on the one hand and to the community on the other. The latter can quite easily degenerate into more traditional punitive concerns that focus on the relationship between the offender and the state. In other words the idea of reparation to the community could be collapsed into the more punitive idea that the offender should pay his or her debt to the community through a fine or other sanction.[24]

Another issue will be the emphasis that is placed on reparation contemplated under s.718(e) and acknowledgement of harm and acceptance of responsibility under s.718(f). Many offenders may be in a better position to fulfill the objectives of s.718(f) than s.718(e). There is a danger that reparation in s.718(e) will be defined narrowly as monetary reparation through restitution. In *RAR*, the Court indicated that a $10,000 payment by an employer to an employee who had been assaulted and sexually assaulted "weighed in favour of restorative objectives and therefore of a conditional sentence".[25] The Court then indicated that the restorative objective of the compensation "was not so important as to outweigh the need for a one year sentence of incarceration in order to provide sufficient denunciation and deterrence."[26]

The *RAR* case raises many interesting questions about the Court's understanding of restorative justice and the ability of courts to achieve restorative justice. The first is the question of how many offenders would be in a position of the "successful entrepreneur" in *RAR* to make such a $10,000 reparation payment? When combined with the Court's decision in *Bunn* to allow a conditional sentence for a lawyer's breach of trust[27], this raises the issue of class or socio-economic bias in the use of conditional sentences particularly if reparation is limited to monetary payment. I have argued elsewhere that although reparation is a valuable goal for sentencing, there is a need for something akin to a fine option programme where less advantaged offenders can have a fair opportunity to make reparation to their victims:

[24] K. Roach, "Crime Victims and Sentencing" in D. Stuart *et al*, eds., *Towards A Clear and Just Criminal Law: A Criminal Reports Forum* (Toronto: Carswell, 1999) at 513–519; T. Quigley, "Are We Doing Anything about the Disproportionate Jailing of Aboriginal People?" (1999) 42 Crim. L.Q. 129.

[25] *R. v. R.A.R.*, (2000), 30 C.R. (5th) 49 (S.C.C.) at para. 30. See also s.718(f) of the *Criminal Code* and *Proulx supra* note 4 at para. 30.

[26] *Ibid.*

[27] *R. v. Bunn* (2000), 30 C.R. (5th) 86 (S.C.C.).

> The fine option concept contemplated under s.736 could also be employed in terms of restitution so that an impecunious offender would be allowed to work off a restitution order that was perhaps initially paid by the state to the crime victim. All offenders regardless of class should have opportunities to repair the harm caused to victims. Victim compensation and restitution provisions could be dovetailed so that public funds would be available to top up or front load the monies that an offender could pay by way of restitution.[28]

RAR is intriguing because there were other forms of restoration (apart from the $10,000 in compensation) that might have been tried but were not considered. In this case, the victim was assaulted and sexually assaulted, but she was also subject to degrading taunts in front of others. It is unfortunately not clear what the victim wanted or if she would have been willing to sit down with the offender. What would have happened had there been a conference in which the offender faced the victim and her supporters, acknowledged the full impact of the harms he had caused and made a genuine apology? The Court of Appeal which had ordered the conditional sentence did not devise any such reparative conditions, but simply ordered 100 hours of community service, house arrest and attendance at a sexual offender course. These orders were all focussed at the offender and did nothing for the victim. In her majority decision, Justice L'Heureux Dube observed that "many members of the respondent's community supported him and tended to deny that the respondent could have committed the offence of which he was convicted."[29] A carefully structured conference ending in a formal and public apology may have responded to these real concerns and have sent "a sufficiently strong message"[30] to those most directly affected about the unacceptability and consequences of such crimes. The potential of restorative justice was not realized in *RAR*.

In my view, restorative justice can hold offenders accountable for serious crime and effectively deter and denounce crimes. Nevertheless, it is significant that these options were never really considered in *RAR*. Even the Court of Appeal which devised a conditional sentence focussed on the offender's needs and not the victim's. The Supreme Court's decision overturning the conditional sentence reflects the idea that only imprisonment will sufficiently denounce and deter serious crimes. It discusses reparation only in terms of monetary compensation and it does not explore the possibility that a properly conducted conference might have acknowledged the harm done to the victim and held the offender morally and socially, not just monetarily, accountable for the harms he inflicted on the victim.

Restorative Justice, Stigma and Shame

Although the Court does not discuss the possibilities of a restorative conference in a case such as *RAR*, it does engage the controversial idea that one of the features of restorative justice is its use of stigma and shame. The idea of stigma and shame play an important role in academic discussions of restorative justice. On the one hand, John Braithwaite has argued that shame can be an important and positive force, but only if it is exercised in a re-integrative manner.[31] On the other hand, Dan Kahan has argued that shame can have a potent force, but more because it imposes stigma and public

[28] *K. Roach*, "Crime Victims and Sentencing" *supra* note 23 at 517.
[29] *R.A.R.*, *supra* note 24 at para. 29.
[30] *Ibid.* at para. 28.
[31] See J. Braithwaite, "Shame and Criminal Justice" (2000) Can. J. Crim. [forthcoming].

humiliation rather than provides a prelude to reintegration.[32]

Where is the Supreme Court on the controversial and emotive issue of shame and stigma? In *Proulx*, Chief Justice Lamer held that "the stigma of a conditional sentence with house arrest should not be underestimated. Living in the community under strict conditions where fellow residents are well aware of the offender's criminal misconduct can provide ample denunciation in many cases. In certain circumstances, the shame of encountering members of the community may make it even more difficult for the offender to serve his or her sentence in the community than in prison."[33] This understanding of shame seems more related to stigmatization than re-integration and caring. It may even inspire some trial judges to impose shaming penalties that rely on public forms of humiliation. These have been popular in the United States and may soon come to Canada.

Other parts of Chief Justice Lamer's opinion seem more supportive of re-integrative shaming. For example he comments about the importance of offenders being forced "to take responsibility for his or her actions and make reparation to both the victim and the community, all the while living in the community, under tight controls."[34] This seems to hold out the possibility not just of shame and stigma but re-integration as the offender accepts responsibility and makes reparation.[35] The Supreme Court's understanding of the role of shame and stigma is quite ambiguous.

Stigma and shame are inherently social concepts. The Supreme Court also suggests that house arrest and curfews should be routinely used as punitive conditions. Being under house arrest and even being forced to return to your home at a time when people begin to socialize are anti-social interventions. Some forms of house arrest seem designed to isolate the offender from those beyond his or her immediate family. Braithwaite and others would argue that this deprives offenders of some of the more positive influences on their behaviour and is based on an unrealistic view of the "normal environment" to which offenders will eventually return. Not enough is known about the effects of house arrest on women. It is possible that sentencing a male offender to house arrest will increase the danger that his female companion will suffer various forms of abuse.

Restorative Justice and Rehabilitation

Another important feature of the Court's discussion of restorative justice is that it links restorative justice with the objective of rehabilitating the offender. Restorative justice thus helps revive the idea of rehabilitation which since the Ouimet Commission report in 1969 has been out of favour. Because restorative sanctions rarely will result in imprisonment, the idea of rehabilitation does not have to be tied to the dubious idea that correctional facilities can rehabilitate offenders. The Court has made clear that a conditional sentence that requires an offender to receive treatment for his or her addiction to drugs would be a restorative sanction even though it may not involve victims or surro-

[32]See D. Kahan, "Punishment Incommensurability" (1998) 1 Buffalo Crim. L.*R.* 490.

[33]*Proulx*, *supra* note 4 at para. 105.

[34]*Ibid.* at para. 41.

[35]In *R.* v. *Laliberte*, *supra* note 13 at para. 48, Vancise J.A. also stresses this as he defines restorative justice "as the creation of a positive environment for change, healing and reconciliation for offenders, victims and communities. It is a condemnation of criminal actions rather than perpetrators and integration of offenders into the community rather than a stigmatization or marginalization of them."

gate victims in its delivery. The Court's new enthusiasm for rehabilitation is an important component of its understanding of restorative justice and will require more study.

One danger is that the revived interest in rehabilitation may contribute to net widening. Trial judges may be tempted to impose restorative and rehabilitative conditions on offenders who might not otherwise have been sent to jail because they "need" such conditions. Conditions requiring treatment and education, especially if they are extended over a long period of time, may very well be breached. This is especially true of conditions which require an offender not to possess or drink alcohol. The noble aspirations of restorative justice to respond to the needs of offenders, victims and communities means there will inevitably be failures and false starts. For example, offenders who "need" intensive substance addiction treatment may not complete the treatment. Offenders who "need" anger management or life style training may get mad and not show up for a training session. If a conditional sentence has been imposed, they may quickly be breached and imprisoned for the duration of a sentence that is longer than if they had been imprisoned in the first place. In the enthusiasm for restorative justice, we must be careful not to repeat the mistakes that came from past enthusiasm for rehabilitation.

Restorative Justice and Restraint

The Court has also linked restorative justice with restraint in the use of imprisonment. In *Gladue*, the Court related the restorative goals of sentencing to data about Canada's relatively high rate of incarceration and its dramatically high levels of overincarceration of Aboriginal people. Cory and Iacobucci JJ. observed that "the existing overemphasis on incarceration in Canada may be partly due to the perception that a restorative approach is a more lenient approach to crime and that imprisonment constitutes the ultimate punishment."[36] The idea that restraint in the use of imprisonment is tied to the use of restorative justice and conditional sentences has implications for net-widening. In *Wells*, the connection between the general and specific principles of restraint in s.718.2(e) and the concept of restorative justice implicit in s.718(e) and (f) became even stronger as Iacobucci J. stated that s.718.2(e) "has a remedial purpose for all offenders, focussing as it does on the concept of restorative justice, a sentencing approach which seeks to restore the harmony that existed prior to the accused's actions. Again, the appropriateness of the sentence will take into account the needs of the victims, the offender and the community as a whole."[37] An alternative understanding of restraint would simply be that all alternatives to imprisonment, including many that do not have restorative or rehabilitative objectives, should be used whenever possible.

IV. ABORIGINAL OFFENDERS

In *Wells*, the Court remains committed to the idea in *Gladue* and s.718.2(e) that the sentencing of Aboriginal offenders requires a different methodology than non-Aboriginal offenders. At the same time, the Court indicates that in most serious cases, the result will be the same. In the case, the Court upheld a sentence of 20 months imprisonment for an Aboriginal offender convicted of sexual assault. James Wells had received a favourable pre-sentence report which recommended a conditional sentence and suggested that he would not be a danger if he could control his alcohol addiction. Nevertheless, the trial judge found that imprisonment was necessary with particular reference

[36] *Gladue*, *supra* note 1 at para. 72.
[37] *Wells*, *supra* note 12 at para. 36.

to the need to deter and denounce the serious crime of sexual assault. The Supreme Court held that this sentence was not unreasonable.

Iacobucci J. stated: "The more violent and serious the offence, the more likely as a practical matter that the appropriate sentence will not differ as between aboriginal and non-aboriginal offenders, given that in these circumstances, the goals of denunciation and deterrence are accordingly increasingly significant."[38] This equates the achievement of denunciation and deterrence with the use of imprisonment, something that may be questionable in some of the contexts that Aboriginal people find themselves in. It remains open, however, for individual trial judges to demonstrate how restorative sanctions can deter and denounce particular crimes. As suggested above, in cases such as *RAR*, a properly conducted restorative proceeding might achieve these aims of punishment as well as ensure that the offender is held accountable and accepts responsibility for his crime.

The Court in *Wells* did not rule out the possibility that in some cases a sanction other than imprisonment may be justified for serious crimes in large part "because of the community's decision to address criminal activity associated with social problems, such as sexual assault, in a manner that emphasizes the goal of restorative justice, notwithstanding the serious nature of the offence in question."[39] Thus in cases such as the Hollow Water Community Holistic Circle Healing where the community has devoted enormous resources to attempting to heal wide-spread sexual abuse, the Court may accept non-incarceration for serious offences. Where there is no extraordinary community intervention, imprisonment may remain the norm for Aboriginal offenders convicted of serious offences.

Wells suggests that the unavailability of treatment and other programmes may be one factor that justifies the use of incarceration in serious cases. The fact that the accused was apparently considered an "inappropriate client" for treatment in the Tsuu T'ina Nation Spirit Healing Lodge because he had been convicted of sexual assault and the lack of specific "anti-sexual assault programs" in his community were factors which justified the sentence of imprisonment.[40] This may place pressure, at least in more serious cases, for programmes to be available. Given the limited availability and capacity of many programmes, this may undermine some of the promise of both *Gladue* and s.718.2(e). *Gladue* can be read as mandating all reasonable alternatives to imprisonment even if they do not have a cultural or restorative component and even if Aboriginal specific programmes are not available. *Wells*, however, can be read as suggesting that in serious cases at least, the community will have to have developed programmes to deal with the crime.

Another potential barrier to the implementation of *Gladue* is the requirement that conditional sentences not be used if they would endanger the safety of the community. The Supreme Court has indicated that this refers to the risk of any re-offending and the gravity of the damage caused by anticipated re-offending. The Court hints that prior records and breach of court orders may suggest that offenders will not abide by conditional sentences.[41] These factors may make it more difficult for Aboriginal offenders to obtain conditional sentences. At the same time, however, the Court has indicated that

[38] *Ibid.* at para. 42.
[39] *Ibid.* at para. 50.
[40] *Ibid.* at para. 52.
[41] *Proulx*, *supra* note 4 at para. 70.

courts should consider the ability of conditions to secure community safety. "For example, a judge may wish to impose a conditional sentence with a treatment order on an offender with a drug addiction, notwithstanding the fact that the offender has a lengthy criminal record linked to this addiction, provided the judge is confident that there is a good chance of rehabilitation and that the level of supervision will be sufficient to ensure that the offender complies with the sentence."[42] Again, much will depend on the programmes that are available in the community as the Court has warned that "if the level of supervision in the community is not sufficient to ensure safety of the community, the judge should impose a sentence of incarceration."[43]

The ability to keep Aboriginal offenders out of jail in serious cases may depend on the resources available in the community and the ability of trial judges to demonstrate that restorative sanctions will be a proportionate response to serious crimes and will help deter and denounce the crime in the community. In other cases, Aboriginal offenders may be subject to the same net-widening effects as other offenders and perhaps more so. Trial judges may be tempted to impose restorative and rehabilitative conditions on Aboriginal offenders who would not normally have gone to jail. The conditions may be imposed for a lengthy period because of the "needs" of the offender. As the severity and length of the conditions increases, the chance for breach also increases. Aboriginal offenders may be disproportionately subject to be breached and to be breached at an earlier stage of their conditions because of a variety of factors including systemic discrimination in policing and parole. Following the Supreme Court's presumption in *Proulx*, trial judges will now be encouraged to require Aboriginal offenders who have breached to serve the rest of their conditional sentence in jail. Given that the conditional sentence may be longer than a jail sentence, this could even increase the over representation of Aboriginal offenders in jail.[44]

CONCLUSION

Although the Court has not prohibited the use of conditional sentence as a disproportionate response to serious crime for Aboriginal and other offenders, it has suggested that imprisonment will frequently be justified in such cases for reasons of deterrence and denunciation. Whether conditional sentences are used as a real alternative to jail will largely depend on local circumstances including the availability of treatment and restorative justice programmes and the exercise of discretion by sentencing judges and prosecutors.

Although the Court does indicate that conditional sentences should only be used as an alternative to imprisonment, there are real concerns that net widening may continue and unintentionally be increased by the Supreme Court's recent cases. Offenders will face onerous punitive and restorative conditions for a longer period than if they had been imprisoned. For Aboriginal offenders in particular, this increases the chances for breach. The Court has then created a presumption that offenders who breach conditions should be imprisoned for the duration of the conditional sentence. Contrary to both Parliament and the Supreme Court's intent, conditional sentences could even increase the imprisonment of Aboriginal and other offenders.

[42] *Ibid.* at para. 72.

[43] *Ibid.* at para. 73.

[44] K. Roach & J. Rudin, "*Gladue*: The Judicial and Political Reception of a Promising Decision"(2000) Can. J. Crim. [forthcoming].

DISCOVERING THE SPHINX: CONDITIONAL SENTENCING AFTER THE SUPREME COURT JUDGEMENT IN *R.* V. *PROULX*[1]

Julian V. Roberts

Professor of Criminology, University of Ottawa

INTRODUCTION

After almost four years in which over 40,000 conditional sentences were imposed[2], the Supreme Court of Canada has given some clear directions regarding the use of the new sanction. The unanimous judgement in *Proulx*[3] addresses four principal questions: (i) what is a conditional sentence of imprisonment? (ii) how should a conditional sentence be constructed? (iii) what is the appropriate judicial response to an unjustified breach of the order? and (iv) for what kinds of offences (and offenders) is a conditional sentence particularly appropriate (or particularly inappropriate)? In this commentary, I shall be concerned with the Court's response to the first three questions. Wherever possible, I shall relate the position taken by the Court in *Proulx* with the results from empirical research into conditional sentencing to date.

The first question identified above may seem straightforward enough: Section 742.1 of the *Criminal Code* provides a relatively clear statutory framework, including pre-requisite conditions and exclusions. But the clarity masks a degree of malleability. As the judgement notes: "There has been some confusion among members of the judiciary and the public alike about the difference between a conditional sentence and a suspended sentence with probation".[4] The Court therefore set out to locate the place that a conditional sentence occupies in the range of sanctions available at sentencing. This exercise necessitated creating a clear distinction between a suspended sentence with probation and a conditional sentence. By distancing the conditional sentence from a term of probation, the Court was compelled to move the new sanction closer to a term of imprisonment served in a provincial institution. In short, after the *Proulx* judgement, we can expect conditional sentences to become more rigorous, but not, I shall argue, as harsh as some authorities fear.

---

[1]I am most grateful to Professor Patrick Healy for his insightful feedback on the issues raised in this paper.This paper is based on a presentation to the Ottawa Conditional Sentencing Seminar, held at the Faculty of Law, University of Ottawa, May 27, 2000.

[2]Department of Justice, *Conditional Sentencing in Canada: An Overview of Research Findings* by J. Roberts & C. La Prairie (Ottawa: Department of Justice Canada, Research and Statistics Division, 2000) at Table 3.1.

[3]*R.* v. *Proulx* [2000], S.C.J. No.6, 140 C.C.C. (3d) 449, 30 C.R. (5th) 1 (S.C.C.).

[4]*Proulx*, *supra* at para. 23. Public opinion research sustains the view expressed by the Court. A nationwide survey conducted in 1999 found that most Canadians failed a simple multiple choice question about conditional sentencing (see T. Sanders & J. Roberts, "Public attitudes toward conditional sentencing: Results of a national survey", Can. Journal of Behavioural Science [forthcoming in 2000].

1. THE NATURE OF A CONDITIONAL SENTENCE

Number and Nature of Conditions determines the severity of a conditional sentence

Determining the location of the conditional sentence on a scale of severity is far from easy. By virtue of its inherently labile nature, the onerousness of a conditional sanction of any kind is determined by the nature of the conditions imposed and the judicial response to any subsequent breach of those conditions. For this reason, a conditional sentence is hard to fix on a spectrum of the severity of sanctions.

The onerousness of a prison term is largely determined by its duration (leaving aside for the moment the issue of custody level which will affect the impact on the prisoner). A sentence of one-year in custody is, *ceteris paribus*, more onerous than a six-month sentence or six months of probation. But whether a six-month conditional sentence of imprisonment is more or less onerous than a twelve-month conditional sentence will depend on the number, nature and intrusiveness of the conditions attached to the two orders. This is just one reason why it is imperative to have good statistical information on the optional conditions attached to conditional sentence orders. Regrettably, at the present, although the number of conditional sentence orders imposed to date is available[5], Statistics Canada does not collect information on the nature of conditions attached to the orders.

Conditional sentence is a hybrid sanction, unlike any other

Conflicting interpretations of the nature of a conditional sentence have been advanced since the sanction was created in1996. For some it is a restorative, community-based alternative to imprisonment. Others have adopted a more conservative interpretation, and regard the new sanction as a form of imprisonment (and therefore a sanction with a punitive element) which is served in the community, much as parole is a form of imprisonment even though the prisoner is not actually confined to a correctional institution.

Chief Justice Lamer makes it clear in *Proulx* that a conditional sentence is a hybrid disposition, which carries punitive *and* restorative elements. The judgement notes that the conditional sentence "will generally be more effective than incarceration at achieving the restorative objectives of rehabilitation, reparations to the victim and community, and the promotion of a sense of responsibility in the offender. However, *it is also a punitive sanction capable of achieving the objectives of denunciation and deterrence*" (emphasis in original).[6]

Like most hybrids, this confluence of characteristics makes the sanction hard to characterise: is the Sphinx a lion with human features or a man infused with leonine characteristics? Was the centaur more horse than man? At the same time, the hybrid nature of the conditional sentence makes it a supple disposition, which can be used (if properly constructed, see discussion below) for a wide range of offenders.

The judgement in *Proulx* makes it clear then that a conditional sentence must have a punitive element. The reason for this is that unlike probation or other community-based punishments, a conditional sentence is a term of imprisonment, and as such should serve the function of a term of custody. In order to match the penal value of

[5]For statistical information on conditional sentences, see J. Thomas, "Adult Correctional Services in Canada, 1998–99" (2000) 20:3 Juristat; M. Reed & J. Roberts, "Adult Correctional Trends in Canada, 1997–98" (1999) 19:4 Juristat.
[6]*Proulx*, *supra* at para 22.

imprisonment, the conditional sentence must perforce share at least some of the characteristics of custody (such as tight restrictions on the offender's lifestyle).

Neither punishment nor restoration carries primacy in a conditional sentence

The fact that a conditional sentence must carry a punitive element does not mean that it is a punitive sanction with secondary restorative characteristics, as some writers have suggested[7], anymore than Centaurs could be described as "primarily" men albeit ones with equine bodies. While it is true that the Court stresses that each conditional sentence must carry a punitive element, this is a long way from saying that a conditional sentence is *primarily* punitive. Indeed, the Chief Justice is careful to avoid according primacy to punitive or restorative elements. The clearest statement can be found in the judgement's summary, which simply notes that "Parliament intended conditional sentences to include both punitive and restorative aspects".[8] This can be taken as a rejection of any attempt to privilege one aspect over another.[9] At the end of the day, whether a particular conditional sentence is primarily restorative or primarily punitive will depend on the nature of optional conditions imposed.

Origin of Court's interpretation to be found in original construction of the sanction

The Court's interpretation of section 742 takes us back to a dilemma confronting the architects of the sentencing reform of 1996. The sanction introduced by Bill C-41 could have been called by another name. If the conditional sentence had been defined as "enhanced probation supervision", or "intensive community punishment", or some similar construction, then there would have been no necessity to invest the disposition with a punitive element. The debate over whether a conditional sentence is a term of custody or not would have been avoided. But creating an alternative along these lines would have carried a clear danger. There would be no guarantee that judges would use the new sanction in place of, rather than in addition to, sentences of imprisonment. *In order for the conditional sentence to achieve the goal set by Parliament of reducing the number of custodial sentences, the sanction must be used as a replacement for, and not an addition to imprisonment.* And, as a replacement, it needs to convey the same, or nearly the same penal value.

Section 742.1 makes it clear that prior to imposing a conditional sentence, the court must have decided to impose a term of imprisonment.[10] If judges respect this direction, it follows that every offender sentenced to a conditional sentence is an individual that would have been sent, prior to the inception of conditional sentencing, to serve a term of custody in a provincial institution. Research suggests that this is not what has transpired; it would appear that many of the conditional sentences to date have been imposed on offenders who would

[7]See P. Healy, "The Punitive Nature of the Conditional Sentence", to be published in the forthcoming issue of the Canadian Bar Review.

[8]*Proulx*, *supra* at para. 127.

[9]Elsewhere in the judgement restorative elements appear to be accorded primacy, by adding the punitive element almost as an afterthought: "[the conditional sentence] affords the sentencing judge the opportunity to craft a sentence with appropriate conditions that can lead to the rehabilitation of the offender, reparations to the community, and the promotion of a sense of responsibility in ways that jail cannot. However, it is also a punitive sanction" (*Ibid.* at para. 99).

[10]"Where a person is convicted of an offence, except an offence that is punishable by a minimum term of imprisonment, and the court

(a) imposes a sentence of imprisonment of less than two years..."

have received probation. Otherwise, how can we explain the fact that over 40,000 conditional sentence orders have been handed down, and *yet the provincial* incarceration rate has not declined?[11] By naming the new sanction a term of imprisonment, the federal Department of Justice created a disposition that the Court would have to characterise as partly punitive in nature, *because it is a form of imprisonment.*

Having clarified the nature of the conditional sentence, the Chief Justice in *Proulx* proceeds to resolve a number of issues relating to the imposition of a conditional sentence. These are practical questions such as whether a conditional sentence may be longer than the sentence of custody that it replaces. After *Proulx*, judges should have a much clearer idea of the nature of a conditional sentence, and should be better equipped to use the sanction. This is just as well, since the judgement also contains a ringing endorsement of the principle of deference to the trial judge. This will surely amplify the autonomy of the trial courts with respect to sentencing.

2. CHANGES TO THE PRACTICE OF CONDITIONAL SENTENCING

The changes wrought by the judgement in *Proulx* affect three features of the conditional sentence: Duration, Conditions and Breach. I shall briefly review the likely impact of the changes with respect to these three issues.

a) Duration: A conditional sentence may now be longer than the term of custody it replaces

Having established that a conditional sentence is not, in most cases, the penal equivalent of a term of custody, it was inevitable that the Court would reject the one-to-one correspondence between a conditional sentence order and the term of conventional custody that is replaced.[12] Indeed, some judgements in the case law, as well as scholarly articles had already advocated as much, and section 742 in no way excludes the possibility of making a conditional sentence longer.

However, it is worth noting that the judgment does not *require* judges to prolong the duration of a conditional sentence beyond the term of custody that would have been imposed; it simply *permits* the former to exceed the latter. The key passage is the following: "When a judge decides that a term of imprisonment of "x months" is appropriate, it means that this sentence is proportional. If the sentencing judge decides — in the second stage — that the same term can be served in the community, *it is possible* that the sentence is no longer proportional to the gravity of the offence and the responsibility of the offender" (emphasis added).[13]

In many, perhaps most cases, the conditional sentence order will remain in the range that would have been imposed had the offender been sentenced to custody. Nor does the judge-

[11] Preliminary data suggest that the admissions to provincial custody were unaffected by the inception of conditional sentencing. For example, in the year prior to the creation of the conditional sentence, 35% of sentences involved a term of custody. Two years later, by which time over 22,000 conditional sentences had been imposed, the incarceration rate was still 35%. See M. Reed & J. Roberts, "Adult Correctional Services in Canada, 1997–98", *supra* note 5.

[12] "[A] conditional sentence need not be of equivalent duration to the sentence of incarceration that would otherwise have been imposed" (*Proulx*, *supra* at para. 127).

[13] *Ibid.* at para. 54.

ment envisage a crude two or three for one ratio as has been suggested for crediting pre-trial custody. The judgement is also sensitive to the relationship between the onerousness or intrusiveness of the conditional sentence order, and the length of the sentence. The imposition of a conditional sentence order carrying a number of punitive conditions that restrict the offender's freedom to a high degree would surely obviate the need to prolong the duration of the order. Indeed, the closer the conditions approximate the severity of detention in a correctional facility, the more likely it is that the duration of the conditional sentence will mirror the duration of the custodial term that would otherwise have been imposed.

Trial judges will be mindful, when determining the length of the conditional sentence order, that an unjustified breach will probably result in committal to custody (in light of the judgement's direction with respect to breach — see below). Imposing an 18-month conditional sentence order in place of a six-month term of custody in a correctional facility may well place great pressure on the offender and provoke a breach of the conditions. As well, since the number and onerousness of optional conditions have been increased, uncoupling the duration of the order from the duration of custody is unlikely to have a huge impact on the average duration of orders imposed. For a variety of reasons then, we certainly shall not witness a doubling or tripling of conditional sentence lengths, although the average length of orders may increase. Finally, the limited statistical evidence on this issue suggests that the *Proulx* judgement is simply recognizing what has often transpired at the trial court level (in Ontario at least): the lengths of conditional sentence orders in the pre-*Proulx* period were significantly longer than terms of custody imposed for the same offence.[14]

b) Nature of Conditions Imposed

Conditions imposed will be more numerous and more punitive

It is in the area of optional conditions that the *Proulx* judgement has attracted the sharpest criticism from legal academics. Having established that a conditional sentence must be more punitive than probation, the Court specified the ways in which this could be achieved: "conditional sentences should generally include punitive conditions that are restrictive of the offender's liberty. Conditions such as house arrest or strict curfews should be the norm, not the exception".[15] And further: "There must be a reason for failing to impose punitive conditions when a conditional sentence order is made."[16]

The general result of the Court's direction is that the optional conditions attached to conditional sentence orders should be quite onerous. The Court did not have the benefit of empirical research into the number and nature of conditions imposed, but the limited evidence available suggests that curfews and house arrest (in Ontario at least) have been imposed in a minority of conditional sentences imposed to date.[17] There is of course a reason for the reluctance of trial judges so far to order the offender to remain at home after a specified time of day.

[14]See J.Roberts & D. Antonowicz, *Conditional Sentences of Imprisonment and Terms of Probation: An Empirical Comparison* (Ottawa: Department of Criminology, University of Ottawa, 2000).

[15]*Proulx*, *supra* at para. 36.

[16]Ibid. at para. 37.

[17]See J. Roberts, D. Antonowicz & T. Sanders, "Conditional Sentences of Imprisonment: An Empirical Analysis of Optional Conditions" (2000) 30 C.R. (5th) p. 122 at Table 2

Unless adequate supervisory resources are available, a curfew cannot be verified, and unverifiable conditions will invite violation and attract further media attention and public criticism. Electronic monitoring solves the problem of verification, but it is not an option available in most jurisdictions across Canada. By making it clear that house arrest or a strict curfew should be the norm, and not the exception, the Court in *Proulx* has sent an unequivocal message to provincial governments: in order to work, the sanction must be supported by adequate resources.[18] We can only hope that the message has been received, and will be acted upon.

c) Judicial Response to Unjustified Breach

Incarceration following proven breach of conditions will become the norm

Section 742.6(1) provides judges with considerable discretion in terms of responding to unjustified breaches of the conditions of a conditional sentence order. They may commit the offender to custody for the remainder of the sentence, commit for some portion of the remainder, do nothing, or amend the optional conditions. Given this wide range of options, it is not surprising that the Court offered some advice as to the exercise of discretion. The message in *Proulx* could not be clearer: "[W]here an offender breaches a condition without reasonable excuse, there should be a presumption that the offender serve the remainder of his or her sentence in jail".[19] In short, the Court recommended adopting the most severe of the options available to a court after an unjustified breach has been established. However, the impact of *Proulx* on the question of judicial response to breach may be less drastic than some commentators have suggested. Although the Chief Justice made it clear that committal for the duration of the order should be the norm, by definition there will be many exceptions to this rule. In addition, nothing in *Proulx* undermines the discretion of the trial judge with respect to breach; the court still has the same options of amending the optional conditions, or simply returning the offender to the community. As well, the increase in the number (and the onerousness) of the optional conditions imposed may work to counter the presumption in favour of committal to custody following a breach. Being practical individuals, judges may not wish to incarcerate an offender for an unjustified breach of a single condition (particularly a minor one), when the individual has successfully respected all the other optional and compulsory conditions.

Finally, it is also possible that conditional sentence supervisors may respond to breach allegations with more indulgence than in the Pre-*Proulx* era. There are two reasons for this. First, probation officers will be aware that the optional conditions imposed upon offenders serving conditional sentences have become more numerous and more onerous. Second, if conditional sentence supervisors believe that a proven breach will almost certainly result in the incarceration of the offender, they may be inclined to exercise their discretion with respect to invoking the intervention of the state, and turn a blind eye to a violation of the less substantive optional conditions.

[18]There is some evidence that judges are backing away from using conditional sentences for the very reason that adequate supervision is not available.

[19]*Proulx*, *supra* at para. 39.

3. RELATIONSHIP BETWEEN DURATION, CONDITIONS AND RESPONSE TO UNJUSTIFIED BREACH

To summarize, conditional sentence orders will likely become more onerous, somewhat longer and breaches will be treated with more severity than in the pre-*Proulx* era. It is important to note that there is a coherence to the Court's direction in these three areas: the conditions imposed as part of conditional sentence orders will become more onerous, but this may obviate the need to prolong the duration. On the other hand, if minimal conditions are seen to be appropriate, extending the duration of the order will help to preserve the principles of proportionality and parity in sentencing.[20] And while judicial response to a proven breach of conditions may become more rigorous, judges retain the discretion to amend the conditions (perhaps by lending more structure to the offender's life) and to return the offender to the community to continue serving his sentence.

One last comment is in order with respect to the "toughening" of the conditional sentence regime laid down in *Proulx*. Critics of the judgement might argue that imposing more (and stricter) conditions constitutes a marked (and gratuitous) departure from judicial practice to date. But this analysis assumes that the kinds of conditional sentences imposed by trial judges to date were "correct". And that is a matter open to debate. It is only in light of the fact that many conditional sentence orders have resembled slightly tougher probation orders (in terms of the optional conditions imposed[21]) that the *Proulx* judgment appears "tough". Had the judgement been handed down in January 1997, before trial judges had imposed many conditional sentence orders, the direction taken by the Supreme Court may have attracted more support from advocates of conditional sentencing.

Let us briefly pursue the *Proulx* directions to trial judges in light of this analysis. Consider an offender sentenced to one year in prison, and who then is allowed to serve the sentence in the community (provided he or she abides by a number of conditions). Let us suppose that after six months, she wilfully and without justification violates those conditions. Assuming that the conditions were not unreasonable to begin with, and that the offender was supervised appropriately, is it excessively harsh of the State to commit the individual to custody for some portion of the unexpired term?

Or consider the Court's direction that calls for the imposition of a curfew as an optional condition in most conditional sentence orders.[22] Take, for example, the case of an offender who otherwise would have been confined in a provincial correctional institution. Such an offender would be unable to leave the institution and be subject to many intrusions into his liberty, including fixed meal and visiting times, unpredictable cell searches, and a host of institutional rules, the violation of which may result in harsher treatment and the possible deferment of conditional release. The use of a conditional sentence will permit the offender to serve the sentence in the community, at home. Is it unreasonable to require the offender to remain at home after, say, eight in the evening? The offender's *rayon d'action* remains considerable relative to that offered in the institutional setting.

Justifying the Changes to Conditional Sentencing

The changes to conditional sentencing recommended by the Court are important because

[20] *Ibid.* at para. 54.

[21] See J. Roberts, D. Antonowicz & T. Sanders, *supra* note 17 at Table 2.

[22] *Proulx*, para. 36.

they remind judges of the point of departure for the imposition of any sentence: the statement of the purpose and principles of sentencing found in sections 718–718.2 of the *Code*. Section 718.1 lies at the heart of that statement. The principle of proportionality is central to the sentencing process in Canada and other common law jurisdictions. Indeed, the principle permeates the case law, as well as popular conceptions of justice. As Rosenberg J.A. noted in *R.* v. *Priest*, "[t]he principle of proportionality is rooted in notions of fairness and justice".[23] Any ambiguity about the primordial role of proportionality should have been dispelled when Parliament codified the principle and designated it as "fundamental". The changes with respect to section 742 advocated by the Court have the effect of moving the conditional sentence further from a term of probation (and closer to a term of custody). The benefit of this direction is that it will help to preserve the principles of proportionality and parity in sentencing, both now codified in Part XXIII.

Proportionality requires that the severity of sanctions imposed comport with the seriousness of the crime, and to a lesser extent, the culpability of the offender. If a conditional sentence with minimal conditions is imposed in a case that would otherwise have resulted in custody, the principle of proportionality is violated. Similarly if comparably-situated offenders receive respectively, a term of provincial custody and a conditional sentence of equal duration and carrying few optional conditions, then the principle of parity is violated. The Court's direction with respect to section 742 is therefore consistent with the statement of the purpose and principles of sentencing found in sections 718–718.2.

4. EFFECTS OF THE *PROULX* JUDGMENT ON THE NUMBER OF CONDITIONAL SENTENCES IMPOSED

At the end of the day, the critical question is whether the Supreme Court's direction will lead to an increased or decreased use of conditional sentences. If the number of conditional sentences imposed declines, this will spell the end of the sanction as a tool to reduce the use of incarceration. After all, the current level of usage has, as noted, failed to lower the percentage of sentences involving custody.[24] Some commentators are pessimistic about the impact the *Proulx* judgement will have on the use of the conditional sentence. Allan Manson, for one, argues that there will be fewer conditional sentences imposed.[25]

For my part, I am unconvinced, for two reasons, that the judgement will have the chilling effect on trial judges predicted by Professor Manson. First, many trial judges were, before *Proulx*, unconvinced that a conditional sentence could adequately convey a message of deterrence or denunciation.[26] The Court has addressed this skepticism, and provided practical guidance as to how this message may be achieved, even for serious cases in which statutory aggravating factors are present. Second, the Court has provided a ringing endorsement of the concept

[23]110 C.C.C. (3d) 289 (Ont. C.A.) at 297.

[24]M. Reed & J. Roberts, *supra* at note 11.

[25]See A. Manson, "The Conditional Sentence: A Canadian Approach to Sentencing Reform, or, Doing the Time-warp, Again", in this volume.

[26]For example, a national survey found that only one third of judges thought that a conditional sentence could be as effective as imprisonment in terms of achieving deterrence or denunciation; see Department of Justice, *Judicial Attitudes to Conditional Terms of Imprisonment: Results of a National Survey by* J.Roberts, A. Doob & V. Marinos (Ottawa: Department of Justice Canada, 2000) at Table 5.

of deference to the trial judge.[27] As Rosenberg, J.A. has noted: "there seems no doubt that the Supreme Court has instructed the appellate courts to draw back from what the Supreme Court obviously perceived as excessive appellate interference in the sentencing function".[28] This may embolden judges to become more creative in the construction and imposition of conditional sentences.

5. CONDITIONAL SENTENCING AND PUBLIC OPINION

Community reaction to conditional sentencing is an issue that will not go away. Indeed, it has become more, not less important as a result of the judgement in *Proulx*. Why are the views of the public relevant? One answer can be found in the fundamental purpose of sentencing articulated in section 718 of the *Criminal Code*, which states that "[t]he fundamental purpose of sentencing is to contribute, along with crime prevention initiatives, *to respect for the law*" (emphasis added). When a conditional sentence is imposed with minimal conditions and for a personal injury offence, the public is likely to perceive it as little different from a term of probation, and as further evidence of leniency in sentencing. If this occurs, respect for the sentencing process will be undermined. There is clear evidence that the news media have reported a number of conditional sentences in a way that can only inflame public opposition to the conditional sentence.[29]

The issue of public reaction is taken up by the Chief Justice as a reason why a conditional sentence must be more severe than, and clearly distinguishable from, a term of probation:

> If a conditional sentence is not distinguishable from probation, then these offenders will receive what are effectively considerably less onerous probation orders instead of jail terms. Such lenient sentences would not provide sufficient denunciation and deterrence, nor would they be accepted by the public. Section 718 provides that the fundamental purpose of sentencing is "to contribute....to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society." Inadequate sanctions undermine respect for the law. Accordingly, it is important to distinguish a conditional sentence from probation by way of the use of punitive conditions.[30]

Public opposition to conditional sentencing is often overstated

Before proceeding further, it is worth noting another important way in which the judgement in *Proulx* mirrors the results of empirical research. In 1999, a national survey of Canadians explored public reaction to conditional sentencing.[31] People were asked to choose between two sentences that might be imposed on an offender convicted of break and enter. Respondents were asked to answer one of two versions of the question. In version "A", participants were asked to consider a case in which "*An offender is to be sentenced for the crime of breaking into a hardware store and stealing $1,500. He has committed similar offences in the past.*" They were further told that "*The judge is trying to decide*

[27]The judgement does not mince words on this issue: "Sentencing judges have a wide discretion in the choice of the appropriate sentence. They are entitled to considerable deference from appellate courts" (*Proulx*, *supra* at para 127).

[28]M. Rosenberg, "Developments in Sentencing: the Legal Framework" (National Judicial Institute Seminar, Newfoundland, June 2, 2000 [unpublished].

[29]For example, "Sexual Assault Victims Slam Law that Set Molester Free" *Ottawa Sun* (13 March 1999); "Sentence Sparks Outrage" *Calgary Herald* (1 March 2000); "The victim suffers more than the attacker" *London Free Press* (18 January 2000).

[30]*Proulx*, *supra* at para. 30.

[31]For further information on the survey see T. Sanders & J.Roberts, *supra* at note 11.

between a 6-month prison sentence, or 6 months to be served in the community as a conditional sentence of imprisonment."

The second group of subjects were given the identical description, but some optional conditions were noted. Respondents were told that "*If the offender receives the conditional sentence, he will have to remain at home every night after 7. p.m., and on weekends. As well, he will have to pay back the money he stole, perform some community work and report to authorities twice a week for 6 months.*" The second condition, with its curfew and more rigorous reporting conditions corresponds closely to the directions regarding a conditional sentence provided in the *Proulx* judgement. That is, it is clearly more onerous than a term of probation which would not carry so many conditions.

The results dramatically supported the experimental hypothesis. In the absence of any mention of the optional conditions, the public supported the imposition of a prison sentence over the conditional sentence by a ratio of almost 3:1 (72% favoured incarceration, 28% the conditional sentence). When the conditions of the order appeared in the description, the pattern of results was a complete reversal: now only 35% of respondents supported incarceration, 65% the conditional sentence. The lesson would seem clear. The addition of onerous conditions such as frequent reporting and curfews confers two benefits: (a) it clearly distinguishes a conditional sentence from a term of probation, and (b) it promotes public support of the sanction.[32]

There is a second, perhaps less principled way in which, according to the *Proulx* decision, trial judges should consider the views of the community. It relates to the emphasis placed on deference to the trial judge. As noted, the Court reiterated the position taken in *R.* v. *M.(C.A.)*[33] that a trial judge was far better placed than appellate courts to devise an appropriate sanction. The reason for this is that a sentencing judge still enjoys a position of advantage over an appellate judge in being able to directly assess the sentencing submissions of defence and Crown counsel, to accurately assess the seriousness of the offence, and to relate the specific case to others.

However, there is an additional direction in *Proulx* with respect to the role of the community that emerges not from the guideline body of the judgment, but in the application to the facts of the case that gave rise to the specific appeal. The judgement notes that "trial judges are closer to their community and know better what would be *acceptable to their community*" (emphasis added).[34] This seems to suggest that public acceptability has a role to play in terms of whether a conditional sentence is imposed, and also in the specific terms of the conditional sentence.[35]

If trial judges interpret this direction in this way, it can only have deleterious effects. The degree of variation in terms of the use of conditional sentence will surely increase. In addition, the position taken by the Court assumes that because trial judges live in a particular community, they are able, absent any formal mechanism, to discern whether a particular conditional sentence will prove acceptable to the public. Judges have no special insight into the tenor of local public opinion. Indeed, it can be argued that their professional experiences render them less able to know whether, for example, imposing

[32]See also V. Marinos & A. Doob, "Understanding Public Attitudes Toward Conditional Sentences of Imprisonment" (1999), 21 C.R. (5th) 31–41.

[33][1996] 1. S.C.R. 500, 105 C.C.C. (3d) 327, 46 C.R. (4th) 269.

[34]*Proulx*, *supra* at para. 131.

[35]This point was first brought to my attention by Mr. Allen Edgar.

a conditional sentence for a serious personal injury offence is likely to prove unacceptable to the community.

Renaud J. makes the point crystal clear in his paper in discussing the role of community sentiment: "On the assumption that I can actually take these feelings into account, the question remains: how do I gauge the pulse of the community? Do I read the media reports, listen to on-air talk shows, or is there a website to be consulted? Are my neighbours representative of the community?" [36] Even local politicians or newspaper editors, who, it might be argued, have more contact with members of the public, have no systematic way of establishing the limits of public acceptability.

To summarize, a conditional sentence without punitive conditions may well attract public criticism, particularly if it is imposed for a serious personal injury offence. People are likely to perceive such a sanction as another form of probation. The judgement in *Proulx* has addressed this general concern in its directions regarding the construction of a conditional sentence, and the appropriate judicial response to breach. However, to further argue that trial judges should contemplate community reaction when considering a conditional sentence is in my view a most retrograde step, fraught with dangers. It may introduce an unwelcome element of populism into sentencing decisions and can only exacerbate the problem of unwarranted sentencing disparity.

6. TRANSFORMING THE PENAL LANDSCAPE

If we wish to effect a transformation in societal response to offending from one which emphasizes punishment to one which favours restorative measures, we have to recognize that this transformation is likely to be gradual. The conditional sentence may well serve as a useful judicial tool with which to promote this transformation, but it is not a device that is going to rapidly revolutionize sentencing. The movement towards a more restorative response to crime will not occur overnight, nor will it occur without some resistance. In order to convince members of the judiciary, and indeed the community at large of their value, restorative initiatives must be both plausible and workable.

If the sentencing system wishes to replace imprisonment as a sentencing option (except for offenders who pose a significant danger to the community), it must offer a substitute that performs the functions of incarceration without necessitating the detention of the offender. A sentence of imprisonment has limited utility in terms of deterrence, and none at all in terms of restoration or rehabilitation. But for denouncing culpable criminal conduct, for expressing censure, custody has no peer. That said, there is, however, no natural connection between prison and censure; rather, it is simply an association that has arisen over centuries.

The link between prison and punishment in the public mind will surely change. Indeed, it is changing already. There used to be an equally strong relationship between deterrence and imprisonment. When physical punishment and public executions were replaced by terms of imprisonment, it was argued that the fear of a sustained period of custody was necessary to deter potential offenders. The limits on the deterrent efficacy of imprisonment have been acknowledged by Commissions of Inquiry[37],

[36] G. Renaud, "The Changing Face of Conditional Sentencing: Some Sentencing Concerns of a Front Line Judge" in this volume.
[37] Canadian Sentencing Commission, *Report of the Canadian Sentencing Commission, Sentencing Reform: A Canadian Approach* (Ottawa: Supply and Services Canada, 1987).

appellate courts[38], as well as by academic commentators.

In the future we shall be able to censure blameworthy conduct in ways that do not entail the separation of offender from his or her community. This will be accomplished even for serious personal injury offences. The key lies in the systematic development of penal equivalences, a subject to which Judge Cole has recently drawn our attention.[39] Once community-based "equivalent" sanctions are accepted, imprisonment will become a very rare sanction[40], one imposed exclusively for the protection of society, in a way that civil orders are rarely invoked in order to quarantine individuals who pose a health risk to the community. We will incarcerate offenders primarily to protect, seldom to denounce. In the short term, a more modest goal might consist of the erosion in the use of custodial sentences. And that is the function of the conditional sentence of imprisonment.

The contribution of the conditional sentence to a more community-based sentencing process then is clear: it will promote public and professional acceptance of the concept of punishment in the community. To this end, the judgement in *Proulx* may well have a critical role to play. Chief Justice Lamer made it quite clear that a conditional sentence can, if properly constructed and administered, achieve the goals of denunciation and deterrence. This may be obvious to advocates of restorative justice and related initiatives, but for many criminal justice professionals, and not a few members of the community, the message may come as a surprise.

CONCLUSIONS

In 1996, Parliament created the conditional sentence of imprisonment with the express intention of reducing the number of admissions to provincial custody in a safe and principled way.[41] Four years later, research suggests that that intention has yet to be fulfilled. The judgement in *Proulx*, although criticized by some writers for converting a restorative sanction into a punitive one, may well represent an important step towards realizing Parliament's intention. Conditional sentences will in all probability become somewhat longer and somewhat more onerous. As well, offenders can expect a more rigorous response from courts in the event that they breach conditions of the order without reasonable excuse. But the judgement is not simply about making a community-based sanction tougher. It is about "finding a place" for the new sanction, and articulating the way in which the sanction should be imposed.

Of course, many issues remain to be resolved, and some worrying questions remain:

- Will the substantial deference to trial court judges endorsed in *Proulx*[42] result in even greater disparity than existed before the guideline judgement?

[38] *R. v. Biancofiore* (1997), 119 C.C.C. (3d) 344, 10 C.R. (5th) 200, 35 O.R. (3d) 782 (Ont. C.A.).

[39] Mr. Justice David Cole, "What a mess we're in: Conditional sentences after the first three years" (Regional Seminar of the Ontario Court of Justice, Fall 1999) [unpublished].

[40] It is worth recalling that at present, a term of custody is imposed in over one-third (35%) of sentences imposed in adult criminal courts across Canada (J. Roberts and C. Grimes, "Adult Criminal Court Statistics, 1998/99" (2000) 20:1 Juristat at p. 10.

[41] As recognised by the Supreme Court in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688 at para. 39.

[42] It will be recalled that in five of the six conditional sentence cases on appeal to the Supreme Court the trial judge's decision was upheld by the Court.

The standard of review has clearly been raised as a result of the *Proulx* judgement. The Chief Justice makes the point repeatedly: "Again, I stress that appellate courts should not second-guess sentencing judges unless the sentence imposed is ***demonstrably unfit***"[43] (emphasis added). How often are appellate courts likely to be asked to review sentences in light of this direction? It is ironic that a guideline appellate judgement will likely have a chilling effect on the number of sentences appealed, and will thereby diminish the role of appellate courts in guiding sentencing practices.

In 1988, Professor Alan Young reviewed the role of appellate courts in guiding sentencing practices for the Canadian Sentencing Commission. He concluded that "Not only do lower courts disregard appellate principles but the lower courts exhibit some hostility to the entire concept of being guided by appellate courts in sentencing matters."[44] Over a decade later, the independence of trial judges has been enhanced still further. The result will inevitably be more disparity in sentencing. Speaking of this issue, Vancise, J.A. wrote the following words which may prove to be prophetic: "This deferential approach to sentence appeals is apt to produce more individualized sentences and consequently apt to produce a wider disparity of sentences".[45]

- Will the federal government resist the political pressure to introduce a schedule of offences for which a conditional sentence would not be a legal penalty?

A private member's Bill introduced last year calls for an amendment to section 742.1 to exclude 28 personal injury offences and several drug offences from eligibility for a conditional sentence.[46] Similar proposals have been advanced by other politicians. It is curious that there is so much discussion of schedules after Parliament and the Supreme Court have both rejected the concept. Introducing a schedule of excluded offences would, in my view, undermine the original intention of Parliament as well as constituting an affront to the Court and an expression of non-confidence in trial judges.[47]

The future of Conditional Sentencing: Importance of Investing in Supervision and Research

With the original statutory framework now amended (twice) and a unanimous guideline judgement from the Supreme Court of Canada, the scene now shifts to the practicalities of sentencing in trial courts across the country. Trial judges will attempt to strike a balance between implementing the guidance from the Court and placing a number of conditions on offenders serving conditional sentences that renders breach of the order probable rather than possible. The preliminary evidence on conditional sentence order breach rates (pre-*Proulx*) from one province (British Columbia)

[43] *Proulx*, *supra* at para. 125.

[44] A. Young, The Role of an Appellate Court in Developing Sentencing Guidelines (Ottawa: Department of Justice Canada, 1988) at p. 92.

[45] *R.* v. *Laliberte*, [2000] S.J. No.138 at para. 14.

[46] Bill C-302, *An Act to amend the Criminal Code (conditional sentencing)*, 2d Sess., 36th Parl., 1999 (1st reading 3 November 1999).

[47] The *Proulx* judgement has not prevented the Ministry of the Attorney General of Ontario from issuing a practice memorandum which directs Crown counsel in the province to oppose a conditional sentence in a wide range of offences, including "sexual offences which cause psychological or physical harm" (Ontario, Ministry of the Attorney General, Criminal Law Division, Practice Memorandum, *The Use of Conditional Sentences* PM [2000] No. 6, 24 April 2000).

is discussed in another chapter in this report, and the results are not encouraging. In her research, Dawn North reports a breach rate of nearly half the orders imposed, and this in the pre-*Proulx* era.[48] We can expect the breach rate to rise somewhat following the judgement in *Proulx*, as a result of the fact that more (and more onerous) conditions will be imposed.

In terms of the ultimate success of the sanction, the critical question is whether the provincial governments will provide their probation services with the necessary resources to adequately supervise offenders serving conditional sentences in the community. But that is a question for another day.

[48]D. North, "An Empirical Analysis of Conditional Sentencing in British Columbia" [in this volume].

SUPREME COURT OF CANADA SPEAKS ON CONDITIONAL SENTENCES[1]

Gregory J. Tweney

Counsel, Crown Law Office — Criminal
Ministry of the Attorney General, Ontario

INTRODUCTION

On September 3, 1996, the federal government's major new sentencing reform bill (Bill C-41) was proclaimed in force. This Bill replaced, in its entirety, Part XXIII of the *Criminal Code*, which deals with the law of sentencing in this country. This legislation would later be characterized by the Supreme Court of Canada as "a watershed, marking the first codification and significant reform of sentencing principles in the history of Canadian criminal law".[2]

One of the most significant changes brought about by this legislation was the creation of the "conditional sentence of imprisonment", permitting those who qualified to serve their sentence of imprisonment in the community instead of behind bars. Trial courts would soon embrace this new sentencing option. In just two years, conditional sentences were imposed in nearly 30,000 cases across Canada, for offences ranging in seriousness from theft to manslaughter.[3]

Unfortunately, apart from the statutory criteria, courts had little guidance in determining when it was appropriate to impose a conditional sentence. Appellate courts across the country were in conflict over some of the most basic concepts. By far their greatest struggle was their attempt to give meaning to the statutory requirement that a conditional sentence be "consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing".

THE SUPREME COURT SPEAKS

Trial judges and counsel practicing in the criminal courts can now breathe easy. In a recent string of cases, the Supreme Court of Canada has finally stepped into the ring, providing guidance on the proper interpretation and application of the conditional sentencing provisions of the *Criminal Code*. Although this string of cases includes seven recent judgments (all of which will be discussed in greater detail below), the most significant of these is *Regina* v. *Proulx*[4], released on January 31, 2000. In that case, writing for a unanimous Court, [former] Chief Justice Lamer set out the principles governing the new conditional sentencing regime. The decision in that case will no doubt be the guidepost for any future discussion of conditional sentences in Canadian criminal jurisprudence.

THE FORESHADOWING

The Supreme Court's first judgment touching on conditional sentences was in *Regina* v. *Gladue*[5],

[1]By Gregory J. Tweney, Counsel, Crown Law Office — Criminal, Ontario Ministry of the Attorney General. The opinions expressed are solely those of the author. This paper was originally prepared for the CBAO, Criminal Justice Section Newsletter, March 2000.

[2]*R.* v. *Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688 at para. 39.

[3]Based on statistics maintained by the Ontario Ministry of the Solicitor General and Correctional Services.

[4]*R.* v. *Proulx (2000), 30 C.R. (5th) 1 (S.C.C.).*

[5]*Supra* at note 2.

a judgment rendered on April 23, 1999. In that case, an aboriginal woman was accused of killing her husband in a drunken rage. She pleaded guilty to manslaughter and was sentenced to three years in the penitentiary. The issue in that case was the proper interpretation and application of s. 718.2(e) of the *Criminal Code*, the principle that all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances be considered, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders. In the end, the Supreme Court upheld the three-year sentence. Although Ms. Gladue was not eligible for a conditional sentence because her sentence was greater than two years, the case is still an important one in conditional sentence jurisprudence: it provided an early glimpse into the Supreme Court's thinking on the new sentencing regime as a whole. Indeed, Cory and Iacobucci JJ.A., writing for the Court, took the opportunity to draw some general conclusions about the new sentencing legislation, as a means of providing context to a discussion of the single principle raised in that case. In short, the Court noted that the conditional sentence was Parliament's response to the alarming (and increasing) rate of incarceration in this country.

THE "BIG FIVE" CASES

Subsequent to *Gladue*, the Supreme Court granted leave in five cases from different parts of the country, all of which raised the question of how to interpret and apply the new conditional sentence provisions of the *Criminal Code*. Three cases came from Manitoba, one from British Columbia and one from Newfoundland. The Attorneys General for Canada and Ontario were granted intervener status. The cases were heard together on May 25–26, 1999. Judgment was delivered on January 31, 2000.[6] In the end, the Court was unanimous on the principles which govern the interpretation and application of the new conditional sentence provisions. They were divided, however, on how those principles were to be applied in each case.

(a) The General Principles

R. v. Proulx[7]: This is the Court's main judgment on the general principles on conditional sentences. The judgment is written by [then] Chief Justice Lamer, for a unanimous Court. The main principles can be summarized as follows:

1. The new sentencing legislation (Bill C-41) in general, and the conditional sentence in particular, were enacted both to reduce reliance on incarceration as a sanction and to increase the use of principles of restorative justice in sentencing. The Court pointed to s. 718.2(e) and (f) of the *Code* as evidence that Parliament intended to expand the parameters of the sentencing analysis for all offenders.

2. A conditional sentence is not the same as probation. Probation is primarily a rehabilitative sentencing tool. By contrast, a conditional sentence was intended to be punitive as well as rehabilitative. A conditional sentence should be more punitive than a suspended sentence with probation. To achieve this objective, conditional sentences should generally include punitive conditions that restrict the offender's liberty. Conditions such as curfew and house arrest should be the norm, not the exception.

3. Where an offender breaches a conditional sentence, there is a presumption that the

[6] *R. v. Proulx*, *supra* note 4; *R. v. R.A.R.* (2000), 30 C.R. (5th) 49 (S.C.C.); *R. v. R.N.S.* (2000), 30 C.R. (5th) 63 (S.C.C.); *R. v. L.F.W.* (2000), 30 C.R. (5th) 73 (S.C.C.); *R. v. Bunn* (2000), 30 C.R. (5th) 86 (S.C.C.).

[7] *Proulx*, *ibid.*

offender will serve the balance of his or her sentence in jail. In this way, the consequences for breach distinguish the conditional sentence from a probationary sentence.

4. A conditional sentence is not the same as jail. A conditional sentence, even one with stringent conditions, will usually be a more lenient sentence than a jail term of equivalent duration.

5. No offences are excluded from the conditional sentencing regime, except those with a minimum term of imprisonment. There is no presumption in favour of or against a conditional sentence for specific offences.

6. The requirement that the judge impose a sentence of imprisonment of less than two years does not require the judge to first impose a sentence of imprisonment of a fixed duration before considering whether that sentence can be served in the community. Instead, a purposive interpretation of s.742.1(*a*) should be adopted. Judges should first satisfy themselves that neither a penitentiary term nor probation is appropriate. Once the judge determines that the appropriate range of sentence is a term of imprisonment of less than two years, he or she should then consider whether it is appropriate for the offender to serve his or her sentence in the community.

7. A conditional sentence need not be of equivalent duration to the sentence of incarceration that would otherwise have been imposed. The sole requirement is that the duration and conditions of a conditional sentence make for a just and appropriate sentence. Although the Court did not address whether it was appropriate (or legal) to "blend" a conditional sentence with a custodial sentence on a single count, they implicitly sanctioned the imposition of a custodial sentence on one count and a conditional sentence on another count (they did so, of their own accord, in *R.* v. *R.A.R.*[8]).

8. The requirement that the judge be satisfied that the safety of the community would not be endangered by the offender serving his or her sentence in the community is a condition precedent to the imposition of a conditional sentence. In making this determination, the judge should simply consider the risk posed by the specific offender, not the broader risk of whether the imposition of a conditional sentence would endanger the safety of the community by providing insufficient general deterrence or undermining general respect for the law. Two factors should be taken into account when assessing the risk posed by the specific offender: (1) the risk of the offender re-offending (ie. the risk of any criminal activity, not just the risk of physical or psychological harm to individuals); and (2) the gravity of the damage that could ensue in the event of re-offence. In some cases, the minimal risk of re-offending will be off-set by the gravity of potential harm should the offender re-offend. In such cases, a conditional sentence is precluded.

9. Once the prerequisites of s. 742.1 are satisfied, the judge should give serious consideration to the possibility of a conditional sentence in all cases by examining whether a conditional sentence is consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2 of the *Criminal Code*.

10. Generally, a conditional sentence will be better than incarceration at achieving the

[8] *Supra* note 6.

restorative objectives of rehabilitation, reparations to the victim and the community, and promotion of a sense of responsibility in the offender and acknowledgment of the harm done to the victim and the community.

11. Where a combination of both punitive and restorative objectives may be achieved, a conditional sentence will likely be more appropriate than incarceration.

12. A conditional sentence may be imposed even where there are aggravating circumstances, although the need for denunciation and deterrence will increase in these circumstances.

13. A conditional sentence can provide significant denunciation and deterrence. Generally, the more serious the offence, the longer and more onerous the conditional sentence should be. However, there may be some circumstances where the need for denunciation or deterrence is so pressing that incarceration will be the only suitable way in which to express society's condemnation of the offender's conduct, or to deter others. In such cases, a conditional sentence will be inappropriate, notwithstanding the fact that restorative goals might also be achieved.

14. No party is under a burden of proof to establish that a conditional sentence is either appropriate or inappropriate. The judge should consider all relevant evidence, no matter by whom it is adduced. However, as a practical matter, it will be in the offender's best interests to establish elements militating in favour of a conditional sentence, such as the existence of remorse, or a proposed plan of rehabilitation.

15. Sentencing judges have a wide discretion in their choice of the appropriate sentence. They are entitled to considerable deference from appellate courts. Absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an overemphasis of the appropriate factors, an appellate court should only intervene if the sentence is demonstrably unfit.

(b) The Application of the Principles

R. v. Proulx[9](8-0): In this case, the 18 year old accused pleaded guilty to dangerous driving causing bodily harm and dangerous driving causing death. After drinking at a party, he decided to drive some friends home in a vehicle that was mechanically unsound. He drove erratically for 10–20 minutes, side-swiping one car and crashing into another. The driver of the second car was seriously injured. One of the passengers in the accused's car was killed. The trial judge imposed 18 months jail, but the Manitoba Court of Appeal substituted a conditional sentence. In the end, the Supreme Court restored the jail sentence on deference grounds. A custodial sentence was not unfit, nor had the trial judge committed any error that would justify appellate interference.

R. v. Bunn[10] (5-3): In this case, the accused (a lawyer) was convicted of six counts of breach of trust and six counts of theft. In 145 separate transfers, he had converted $86,000 of his clients' money to his own general account. He was sentenced (prior to the enactment of the conditional sentence provisions) to two years in jail. The Manitoba Court of Appeal reduced the sentence by one day and imposed a conditional sentence. The Crown's appeal to the Supreme Court was dismissed. A majority of the Court held that the accused was entitled to the benefit

[9] *Proulx, ibid.* Cory J. did not participate in any of "the big five" cases, nor in the later decision rendered in *Wells*.
[10] *Bunn, ibid.*

of the creation of the conditional sentence. There was no basis to interfere with the Court of Appeal's decision that the principles of denunciation and general deterrence could be met by a conditional sentence in all the circumstances here.

R. v. R.A.R.[11] (6-2): In this case, the accused was convicted of sexual assault and two counts of common assault, all in relation to one of his employees. The conduct consisted of digital penetration, shoving his fingers up the complainant's nose, causing bleeding, and dragging her across a gravel driveway. He was sentenced (prior to the enactment of the conditional sentence provisions) to one year in jail for the sexual assault, and to fines for the two assaults, plus three years probation. The Manitoba Court of Appeal allowed his appeal and substituted a global nine-month conditional sentence. A majority of the Supreme Court, however, restored the custodial sentence. They found the sentence to be unfit in light of the gravity of the offences, and the offender's moral blameworthiness, given the abuse of his position of trust. The majority would have restored the 12 month custodial sentence for the sexual assault, imposed a three month conditional sentence for the two assaults, plus three years probation. Since the sentence had been served, the majority did not decide whether a longer conditional sentence with more restrictive conditions would also have been appropriate.

R. v. R.N.S.[12] (8-0): In this case, the accused was convicted of sexual assault and invitation to sexual touching in relation to vaginal fondling of the accused's step-granddaughter. At the time of the offences (6–10 years previous), the accused was between 46–50 and the victim was between 5–8. He was sentenced (prior to the enactment of the conditional sentence provisions) to nine months in jail. The B.C. Court of Appeal allowed his appeal and substituted a conditional sentence. A unanimous Supreme Court, however, allowed the Crown's appeal and restored the nine-month jail sentence on the basis of the gravity of the offence and the accused's level of moral blameworthiness. The Court noted, in passing, that a nine-month jail sentence was already lenient. In these circumstances, denunciation required the imposition of a jail sentence.

R. v. L.F.W.[13] (4-4): In this historical sexual assault case, the accused was convicted of indecent assault and gross indecency. The victim was the accused's cousin. The offences took place when she was between 6–12 years old, and involved 10–12 incidents of forced masturbation and fellatio. The accused was sentenced to a 21-month conditional sentence. The Crown's appeal to the Newfoundland Court of Appeal was dismissed. Because the Supreme Court was equally divided as to the result, the Crown's further appeal was also dismissed. Lamer C.J. (for one side) would have dismissed the appeal on the basis of deference to the trial judge. L'Heureux-Dube J. (for the other side) held that the objectives of sentencing could not be met in this case by a conditional sentence, citing the strong need for denunciation of sexual offences committed against children by adults in a position of trust.

THE EPILOGUE

The seventh, and most recent case, is *Regina* v. *Wells*[14]. Although the case was heard at the same time as "the big five" cases, judgment was not rendered until February 17, 2000. Like

[11] *R.A.R., ibid.*
[12] *R.N.S., ibid.*
[13] *L.F.W., ibid.*
[14] *R.* v. *Wells* (2000), 30 C.R. (5th) 254 (S.C.C.).

Gladue, the case raised the issue of the application of s. 718.2(e) of the *Criminal Code* in the context of an aboriginal offender. This time, however, the offender was sentenced to 20 months in jail. He was therefore eligible for a conditional sentence. The case therefore raised the more direct question of how the conditional sentencing provisions should be applied in the context of an aboriginal offender.

Not surprisingly, the Court relied heavily on the principles it had expressed in *Gladue* (on aboriginal offenders), and in *Proulx* (on conditional sentences). To some extent, therefore, *Wells* is another example of how the general principles surrounding conditional sentences are to be applied in any particular case.

In *Wells*, the accused was convicted of sexually assaulting an 18-year-old girl at a party while she was either asleep or unconscious from the effects of alcohol. Although there was evidence of vaginal abrasions, there was no evidence of penetration. The accused aboriginal offender was sentenced to 20 months imprisonment. The accused's appeals to both the Alberta Court of Appeal and the Supreme Court of Canada were dismissed. In the end, Iacobucci J., writing for the Court, found no basis upon which to interfere with the trial judge's decision to impose a custodial, rather than a conditional, sentence. He re-iterated that restorative justice will generally be the primary objective when sentencing aboriginal offenders, particularly in view of the need to address the problem of over-incarceration of aboriginal offenders in Canadian jails. Nevertheless, he said, while s. 718.2(e) requires a different methodology for assessing a fit sentence for an aboriginal offender, it does not necessarily mandate a different result. Principles such as deterrence, denunciation and separation do not necessarily give way to principles of restorative justice. As a practical matter, particularly violent and serious offences will result in imprisonment for aboriginal offenders as often as for non-aboriginal offenders.

TO BE CONTINUED...

Even with these seven cases, the Supreme Court of Canada has not spoken its final words with respect to conditional sentences. Leave to appeal was recently granted in *R.* v. *Knoblauch*[15], a case arising from the Alberta Court of Appeal's decision reported at [1999] A.J. No. 377 (QL). In that case, the accused pleaded guilty to weapons dangerous and possession of an explosive substance. Psychiatric evidence adduced at the sentencing hearing established that the accused suffered from a serious mental disorder and was therefore extremely dangerous. The trial judge imposed a conditional sentence of two years less one day, one of the conditions of which is to remain incarcerated at the psychiatric wing of the local hospital until such time as medical professionals determine it is safe to release him into the community. The Crown's appeal to the Alberta Court of Appeal was allowed, and the sentence was converted to a custodial sentence. At issue on appeal to the Supreme Court of Canada is whether the term "community" in the phrase "endanger the safety of the community" refers to the public in general or whether it can refer to the community in which the offender is serving his conditional sentence (in this case, the local psychiatric hospital). The case was argued on April 17, 2000 and judgment was reserved, so stay tuned.... One would expect that this will be the last time for a while that the Supreme Court considers the conditional sentence provisions of the *Criminal Code*.

[15][1995] S.C.C.A. 165 (QL).

THE CHANGING FACE OF CONDITIONAL SENTENCING: SENTENCING AS SEEN FROM THE FRONT LINES

Mr. Justice Gilles Renaud

Ontario Court of Justice
Cornwall (Ontario)

INTRODUCTION

Recently, the Supreme Court of Canada has provided definitive instruction on the sentencing of offenders to imprisonment within the community. In so doing, it has insisted that considerable deference be shown by appellate tribunals to the judgment of trial courts.[1]

Indeed, the Court confirmed and emphasized[2] the following remarks in *R.* v. *M. (C.A.)*[3] to the effect that:

> A sentencing judge also possesses the unique qualifications of experience and judgment from having served on the front lines of our criminal justice system. Perhaps more importantly, the sentencing judge will normally preside near or within the community which has suffered the consequences of the offender's crime. As such, the sentencing judge will have a strong sense of the particular blend of sentencing goals that will be 'just and appropriate' for the protection of that community.

The Court went on to note that a sentencing judge must take into account the needs and current conditions of and in the community.

Hence, the Supreme Court of Canada has clearly delineated the scope of the trial court's mandate in sentencing as embracing, among other factors, the interest and perspective of the community. In this respect, it is thought that appellate tribunals are removed from the community, and are not as advantageously situated to judge the impact of an offender's actions. Hence, appeal courts must show a measure of deference.

In this paper, attention is drawn to a number of judgments that will serve to illustrate certain concerns that arise, in the eyes of one trial judge at least, as to the proper method of giving effect to this signal instruction. In other words, my goal is to make plain a number of issues that appellate tribunals will have to come to grips with in evaluating whether trial court sentences are "demonstrably unfit" in the area of conditional sentences.

Our object is not to provide answers: that is within the province of academic commentators, of the advocates, and of the appellate tribunals. Our object is merely to point out some concerns...

DISCUSSION

1) How may I judge the temperament of the community?

Recently, in *R.* v. *Mafi*[4], Lambert J.A. remarked that trial judges are likely to be familiar with

[1] *See R.* v. *Proulx* (2000), 140 C.C.C. (3d) 449 (S.C.C.) at paras. 123–126.
[2] *Ibid.* at para. 126.
[3] [1996] 1 S.C.R. 500, 46 C.R. (4th) 269, 105 C.C.C. (3d) 327.
[4] [2000] B.C.J. No. 339 (Q.L.).

the temperament of the community as it relates to a particular crime. His Lordship added, "[T]he sentencing judge brings to the sentencing task both an institutional objectivity and a deep subjective understanding of the case".[5]

My concern is a simple one: how do I ensure that I have come to understand fully and fairly the attitude, the temperament of the community? For example, what if the offender is a member of a "motorcycle gang" involved in drug trafficking, or in a violent offence. Is there any member of the community who would not wish the community to be free of such individuals? On the assumption that I can actually take these feelings, these sentiments into account, the question remains: how do I gauge the pulse of the community? Do I read the media reports, listen to on-air talk shows, or is there a web site to be consulted? Are my neighbours representative of the community? Must it be limited to the victim impact statement?

I pause to question whether the prosecution bears the burden of this duty? In this respect, note the concluding paragraphs of *R.* v. *Wells*, wherein the Court stresses the need, on occasion, for evidence to be introduced respecting the difficulties faced by aboriginal offenders.

Of course, the question to be answered in any case in which I rely on this information is the following: how do I fairly place this information on the record to permit the parties to address themselves to it and for curial review to be meaningful in assessing the merits of a conditional sentence, the primary community-based sentence in the Code?

2) May the temperament be judged by a visiting judge?

In *R.* v. *Calderwood*, Finch, J.A., observed that "... I think a resident Provincial Court judge is entitled to take judicial notice of recent unlawful conduct in the community, and of the community's attitude towards that conduct. Such local knowledge is a relevant consideration in deciding whether a discharge should be granted, or if not, what sort of sentence would be appropriate".[7]

In addition, in *R.* v. *Carter*[8], the British Columbia Court of Appeal sought again to underscore the principle that a trial judge who has presided over criminal matters in the community in question for some time is well suited to take notice of any causes for concern and how the meting out of sentences may address the issue. As made plain by Ryan, J.A., "[t]hese offences were committed in Kelowna. The trial judge who sentenced these young men sits in the Okanagan. He has an acute understanding of the effect of these crimes upon the community. He heard the submissions and saw the accused. I would not disturb his sentences".[9]

Of interest, Her Ladyship quoted the following passage from Madam Justice Southin's judgment in *R.* v. *Mulvahill* as support for "...the importance of the position of trial judges who know what crimes are a problem in their own part of the Province and who have had the opportunity to observe the accused".[10]

When does one become a local judge, if ever, if on circuit within a large region? What of judges who preside in large urban centers: may a judge ever know what is actually going on in

[5] *Ibid.* at para. 5.
[6] (2000), 141 C.C.C. (3d) 368 (S.C.C.), at paras. 50–55.
[7] (1995), 57 B.C.A.C. 237 (B.C.C.A.) at para. 14.
[8] (1995), 61 B.C.A.C. 161 (B.C.C.A.).
[9] *Ibid.* at 239–240.
[10] (1992), 5 B.C.A.C. 1 (B.C.C.A.). at 173.

the Jane-Finch area? And, again, the question remains: how does an appellate tribunal assess our knowledge of the community?

3) Must a trial judge be experienced?

In one sense, the examples noted above may be representative of a school of thought according to which appellate courts may uphold sentences by reference to the wisdom and experience of the sentencing judge, and thus implicitly acknowledging their peculiar knowledge of the local situation. For example, in *R.* v. *Doucet*, former Chief Justice Gale observed that the trial judge was, in his view, a "wise and tolerant man" and upheld the sentence imposed.[11]

Note as well the reference to the experience of the sentencing judge in *R.* v. *Cornacchia*: "...there was a very positive presentence report in this case. It moved a most experienced trial judge to come to the conclusion that he came to and we must give his concern great weight." [12]

Of course, wise and experienced judges sometimes make mistakes. For example, in *R.* v. *Simon*, the Court of Appeal of Ontario ruled that the severe sentence imposed for a break and enter offence could not be sustained, though it was imposed by a "wise and very experienced judge", on the footing that it was excessive.[13] The Court observed, of interest to us today, the trial judge considered and rejected the community's different value or emphasis of death, in this case of manslaughter following a drinking bout. In addition, it noted that "[a]lthough there may be a local situation of which this Court is unaware, the break and enter offence is one which occurs all over this Province and not only in Northern Ontario...".[14] Hence, what if the experience of the trial judge led him or her to that conclusion? Might the result have been different if further information had been placed on record?

From my perspective, and the perspective of parties seeking to upset any decision I render respecting the merits of a conditional sentence, I must ask the question: when do I become experienced and how do I make that transparent in my reasons?

4) What if there is no "grapevine" within the community?

Consider the remarks of Judge O Hearn in *R.* v. *Collier*, with respect to the impact of general deterrence in a smaller community:

> ...there is practically no publicity given to the evidence at the trial or to the reasons given by the Judge for sentencing. The public gets only an imperfect idea, if any, of what the charge was, what facts were proved and what factors were taken into account in passing that sentence. ... to pass a deterrent sentence that has any meaning to others in such circumstances is almost impossible. The conditions of modern life are so different from those in past times, when the community was aware of what was going on in its courts, that the concept of deterring others has become greatly attenuated except for major offences that achieve wide publicity or perhaps for the kind of transmission that occurs by word of mouth between the people involved and their acquaintance.[15]

[11](1970), 2 C.C.C. (2d) 433 (Ont. C.A.) at 434.
[12](1988), 31 O.A.C. 145 (C.A.). at 146.
[13](1975), 25 C.C.C. (2d) 159 (Ont. C.A.) at 85.
[14]*Ibid.* at 160.
[15](1971), 6 C.C.C. (2d) 438 (N.S.Co.Ct.) at 444.

The court added: "This means, unfortunately, that the court, if it is going to pass a sentence deterring others, must largely ignore mitigating factors because it can rely on them not being communicated to the public effectively ... it would appear to be unjust to 'make an example' of the accused by giving him a stern punishment to deter others if it is in excess of what he merits on the facts of the case".[16]

One may ask the question: does an offender receive a sterner sentence because the media chose to follow that case, as opposed to another? Does it matter that there is a grapevine but that the trial judge knows nothing about it?

5) Does the size of the community matter?

In *R.* v. *Hinch*, Mr. Justice Norris observed: "Doubtless as a Magistrate in a smaller community appreciated better than the members of this court the effect of the sentence ... A sentence of imprisonment for one month and a fine of $2,000 imposed in one of our large urban centres has not the same effect as a similar sentence in country centres where associations are close, and community, social and religious status is judged more severely."[17] Would this comment still be appropriate today?

In *R.* v. *Wiswell*, a sentence appeal was filed by an unrepresented offender note is made in particular of the following comments: "The trial judge has had experience with this young man and obviously impressed with complete failure to comply with probation order...The gravity of this type of violent behaviour is very difficult to ignore, particularly in small towns and cities." [18]

Is it ignored in larger centres? Would an appellate tribunal intervene more readily in such cases? Since appeal courts are located in large urban centres, what is the impact of such a geographic situation?

6) What if the trial judges are suffering from a "generation gap"?

I do not know a thing about Yorkville Village, not having lived or studied in Toronto, but the Ontario Court of Appeal did observe in one case that one of the accused lived in Yorkville Village and was exposed to and apparently succumbed to excessive use of drugs and alcohol and to sexually immoral conduct.[19] How did they know this? Did they rely on outside information? Was it accurate? Was it simply a manifestation of a generation gap?

On the other hand, some judges are particularly aware of present-day events. In one of the better known examples of a judge, sitting in an appellate capacity, taking notice of the world outside the court room, *R.* v. *Heffer*, Dickson, J.A., later Chief Justice of Canada, noted the phenomenon of "peregrinating youth".[20]

7) What if the community is not capable of detached fairness?

If trial judges, in the front lines, are to take into account the wishes of the community, one cannot help but observe that a number of issues must be addressed, notably the following two.

Firstly, does it matter that the community at large may hold a different view from that held by a smaller segment of the population? On the one hand, the larger group wishes a stern sentence

[16] *Ibid.* at 445.
[17] (1968), 3 C.C.C. 39 (B.C.C.A.) at 46.
[18] (1976), 17 N.S.R. (2d) 231 (N.S.C.A.) at 235.
[19] See *R.* v. *Bailey* (1970), 4 C.C.C. 291 (Ont. C.A.) at 296.
[20] (1970), 4 C.C.C. 104 (Man. C.A.) at 106.

while the smaller one, from whom the offender emerges, wishes a lenient result? For example, in *R.* v. *Turner*, Mr. Justice Haines remarked that "Windsor has a population of 5,000 Negroes... Quite properly they watch with keen interest the relative treatment of these two accused (one of whom is black)".[21] Note as well that in *R.* v. *Fireman*, the trial judge considered and rejected the community's different value or emphasis of death, in this case of manslaughter following a drinking bout.[22]

Secondly, what if the community at large wishes undue leniency, as in cases in which the victim is ostracized and the offender is not subject to any criticism? What if the community is not sensitize to the plight of victims of domestic violence, to the harm done to seniors, to gays and lesbians, etc.?

8) Personal knowledge and prevalence

In *R.* v. *Priest*, the Court of Appeal did not find it necessary to decide the question whether the trial judge had sufficient information before him to safely conclude that there was "a serious problem of break and enter in Hearst."[23] The Court did note that "... unlike some cases that have come before this court, there were no statistics placed before the trial judge and he based his opinion on the court dockets of persons accused of the crime of break and enter."[24]

However, this was a very experienced trial judge who presides over a number of small communities. Must he spell out more than his own knowledge? Recall that in *R.* v. *Simon*, a comment was recorded by Gale, C.J.O. to the effect that "[a]lthough there may be a local situation of which this Court is unaware, the break and enter offence is one which occurs all over this Province and not only in Northern Ontario..."[25] What if the trial judge in *Priest* knew of such a local condition?

CONCLUSION:

There is much merit in the position advocated in many cases that a local trial judge having some experience of the community is ideally placed to consider and to weigh his or her knowledge of any local situation as it influences the imposition of sentences. The extent to which the doctrine should apply remains to be seen, however, as consideration must be given to the need to create a fuller record for appellate review and the potential unfairness of treating one offender more harshly (or more leniently) than another depending on the experience of a judge.

Lastly, appellate courts must provide further guidance on two issues: firstly, the extent to which the views of the community are to be ascertained and, secondly, may the community submit a form of victim impact statement.

[21](1970), 1 C.C.C. (2d) 293 (Ont. H.C.J.) at 294–295.
[22](1971), 4 C.C.C. (2d) 82 (Ont. C.A.) at 85.
[23](1996), 93 O.A.C. 163 (C.A.) at 166–167.
[24]*Ibid.* at 166–167 [emphasis in original].
[25]*Simon*, *supra* note 13 at 160.

APPELLATE REVIEW OF SENTENCING

Mr. Justice William Vancise

Saskatchewan Court of Appeal

In any discussion of appellate review of sentences in general and conditional sentences in particular, the starting point of necessity must be the *Criminal Code*. Section 718.3(1) of the *Code* gives trial judges discretion to prescribe different degrees or kinds of punishment in respect of an offence subject to the limitations prescribed in the *Code*. Section 742.1 provides that a person who is convicted of an offence except one punishable by a minimal term of imprisonment, may be sentenced to a conditional sentence of imprisonment where two pre-conditions are met: (1) that the sentence is of less than two years, and (2) the accused is not a danger to the community; and, that such sentence would not be inconsistent with the fundamental principles of sentencing.

There is no right of appeal at common law. The right to appeal a sentence is dependent upon the statutory right of appeal contained in the *Criminal Code*. Historically, the right to appeal a conviction was introduced into the *Code* of 1892, but the right to appeal sentences was limited to cases where the sentence was one "which could not by law be passed".[1] In 1921 courts of appeal were given the power to review the "fitness" of sentence as opposed to the legality of the sentence.[2] The power to review sentences is now contained in s. 687(1)[3] of the *Code* which provides that, where an appeal is taken against sentence, the court of appeal shall consider the fitness of the sentence appealed against and may either vary the sentence within the limits prescribed by law for the offence, or dismiss the appeal. Section 687(2) provides that a judgment of a court of appeal that varies the sentence has the same force and effect as if the sentence were passed by the trial court.

Prior to examining recent decisions of the Supreme Court of Canada which have limited the power of courts of appeal to vary sentences imposed by trial judges, it is useful to examine the historical interpretation by appellate courts of that statutory appeal power to review sentences. A judicial debate about the extent of the powers of courts of appeal to review sentences imposed by trial judges began almost immediately after its introduction in 1921. The two opposing points of view were later summarized by Owen J. in his dissent in *R.* v. *Deschennes*:[4]

> One point of view is that as far as sentences are concerned a Court of Appeal should interfere rarely, that sentencing is primarily

[1] See s. 744(4) of the 1892 *Criminal Code of Canada*.

[2] S.C. 1921, c. 25, s. 22; see also S.C. 1923, c. 41 s. 9.

[3] R.S.C. 1985, c. C-46 687.(1) Powers of court on appeal against sentence — Where an appeal is taken against sentence the court of appeal shall, unless the sentence is one fixed by law, consider the fitness of the sentence appealed against, and may on such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive,

(a) vary the sentence within the limits prescribed by law for the offence of which the accused was convicted; or

(b) dismiss the appeal.

[4] [1963] 2 C.C.C. 295.

> the responsibility of the trial Judge, and that Judges of the Court of Appeal should only interfere with a sentence if it shocks their sense of justice. This is a "laissez-faire" or negative attitude. It has been referred to as the "rubber-stamp" theory: *Ponton* v. *The Queen* (1959), 127 C.C.C. 325, 31 C.R. 347, Casey, J., at p. 331 C.C.C., p. 357 C.R.
>
> Another point of view is that a Court of Appeal in carrying out its obligation to consider the fitness of the sentence appealed against has a ***duty*** to go into the matter fully and to consider each appeal from sentence with the utmost care even though the sentence on its face does not shock the Court by its excessiveness or its inadequacy. This point of view finds support in the wording of s. 593 of the *Criminal Code*, which provides that the Court of Appeal *shall* consider the fitness of the sentence appealed against.[5]

The restrictive approach is exemplified by the Québec Court of Appeal in such decisions as *R.* v. *Duestoor*[6] and *Cooper* v. *R.*[7] which held that a court of appeal should not interfere with the sentence imposed by the trial judge unless it can be shown that he proceeded on some wrong principle. The Saskatchewan Court of Appeal in *R.* v. *Morrissette*[8] outlined the activist approach. Chief Justice Culliton stated that the Saskatchewan Court of Appeal had never taken a "laissez-faire" or "negative attitude" in sentence appeals in exercising the powers conferred on it by the *Code* in s. 593(1) [now s. 687.(1)]. In *R.* v. *Finlay*[9] the Court held that Parliament intended a court of appeal to consider all the circumstances connected with the case and modify the sentence if in its opinion it should be modified. Martin J.A., later Chief Justice of the Court of Appeal of Saskatchewan, stated:

> A court of appeal can only exercise its best judgment after a careful consideration of all the circumstances and will always remember that the trial judge having seen the accused and heard the witnesses has an advantage… which cannot be lightly regarded.[10]

Most courts of appeal in the country took the activist approach to sentence appeals. Suffice it to say that by the early 1980s any restrictive approach to sentencing appeared to have been rejected.

In *Morrissette*, Culliton C.J., speaking on behalf of the Court, was careful to point out that a court of appeal in exercising its function, should not lightly disregard the advantage of the trial judge in having seen the accused and hearing the witnesses. He pointed out, however, that the advantage enjoyed by a trial judge is offset in circumstances where the appellant appeals his sentence, appears in person, and makes his submission. There the appellate court has as much of an opportunity as the trial judge to assess the character of the appellant. He concluded by stating:

> I think it is apparent that when the appellant appears in person before the appeal Court, that Court is in at least as good a position as was the trial Judge to assess the character of the appellant. While the Court should carefully weigh the reasons advanced by the trial Judge for the sentence he imposed, it should not be hesitant to disagree either with the reasons or conclusions of the trial

[5] *Ibid.* at 301–2.
[6] (1938), 13 Can. Abr. 1562 (Que. C.A.).
[7] (1950), 11 C.R. 208 (Que. C.A.).
[8] (1971), 1 C.C.C. (2d) 307.
[9] (1924) 43 C.C.C. 62. (Sask. C.A.).
[10] *Ibid.* at 65.

> Judge, if it feels, after a careful review of all of the circumstances, the sentence imposed was not a fitting one. Under such circumstances, the appeal Court has the right and the duty to vary the sentence to one it believes to be proper. As well, the Court of Appeal must exercise the powers granted to it to prevent unreasonable disparity in sentences for the same or similar offences.[11]

The activist approach to sentence review as articulated by Culliton C.J.C. and adopted by almost all courts of appeal changed with the decision of the Supreme Court of Canada in *R.* v. *Shropshire*[12] where Iacobucci J. examined the standard of appellate review in sentence appeals. In Shropshire the court was called upon to determine the appropriate factors for a sentencing judge to consider in determining a period of parole ineligibility for an individual convicted of second degree murder. A secondary issue, that of the appropriate standard of appellate review of that discretionary order was also raised. It is that secondary issue which has vested Shropshire with such notoriety. Iacobucci J. found that s. 744 orders are defined by s. 673 as forming part of the "sentence" and thus, are to be appealed pursuant to s. 687(1) of the *Code*. He then set out a restrictive approach to appellate review in these terms:

> An appellate court should not be given free reign to modify a sentencing order simply because it feels that a different order ought to have been made. The formulation of a sentencing order is a profoundly subjective process; the trial judge has the advantage of having seen and heard all of the witnesses whereas the appellate court can only base itself upon a written record. A variation in the sentence should only be made if the court of appeal is convinced it is not fit. That is to say, that it has found the sentence to be clearly unreasonable.[13]

Iacobucci J. adopted the analysis of Bull J.A. in *R.* v. *Gourgon*[14] that courts of appeal should be careful not to interfere with the exercise of a discretion of a trial judge unless the discretion is *patently wrong or the trial judge erred in principle or overemphasized or ignored appropriate factors.* As previously noted, that opinion had been rejected by the majority of if not all of the courts of appeal in this country, if not in express terms, certainly by deed. The activist position articulated by Culliton C.J.S. was the one favoured by courts of appeal.

Suffice it to say that courts of appeal were sensitive to the advantages of trial judges in imposing sentences but nevertheless were of the view that s. 687(1) or its predecessor imposed an obligation on courts of appeal to carefully weigh the reasons advanced by the trial judge for the sentence under appeal and to change it if the court of appeal after a careful review of all of the circumstances was of the opinion that the sentence was not fit.

Shropshire was shortly followed by *R.* v. *M.(C.A.)*[15] where the deferential approach was confirmed, refined and formally extended. Chief Justice Lamer stated:

> Put simply, absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an overemphasis of the appropriate factors, a court of appeal should only intervene to

[11] *Morrissette, supra* at p. 313.
[12] [1995] 4 S.C.R. 227.
[13] *Ibid.* at 249 [emphasis added].
[14] (1981), 58 C.C.C. (2d) 193. (B.C.C.A.).
[15] [1996] 1 S.C.R. 500.

> vary a sentence imposed at trial if the sentence is demonstrably unfit. Parliament explicitly vested sentencing judges with a discretion [in s. 717(1), now 718.3(1)] to determine the appropriate degree and kind of punishment under the *Criminal Code*...This deferential standard of review has profound functional justifications.[16]

The Chief Justice then embarked on a rather remarkable justification for deference to sentences imposed by trial judges in circumstances where there has been no trial; where the accused has plead guilty; and, where the trial judge has had only the benefit of written or oral submissions on sentence. He relied on: 1) the trial judge being able to directly assess the sentencing submissions by both the defence and Crown; 2) the trial judge having served on the front lines of the justice system; and, 3) the trial judge normally residing at or near the community which has suffered the consequences of the offender's crime. All those factors led him to conclude that the sentencing judge will have a "strong sense of the particular blend of sentencing goals that will be 'just and appropriate for the protection of the community' and the sentences of trial judges should not be lightly interfered with."[17]

If one examines the position taken by Chief Justice Culliton in *Morrissette* it is readily apparent that the two views are diametrically opposed. There is no advantage to a trial judge who does not hear the evidence or the accused but relies merely on oral or written submissions. The so-called position of advantage is no different from that of a court of appeal. Frequently the court of appeal is in a better position because the appellant appears in person and makes his or her own submission on sentencing. Courts of Appeal in the various provinces are as well placed as trial judges to have a strong sense of the community and the particular blend of the sentence required to assess the fitness of the sentence. We do not live many miles away in a distant kingdom (such as Ottawa) so as to be unable to assess the relevant factors applicable in sentencing. Indeed, the decisions of Bayda C.J.S. in both *R.* v. *Taylor*[18] and his dissent in *R.* v. *Morin*[19] while upholding decisions of a sentencing judge made the point eloquently that the Court of Appeal was extremely cognizant of circumstances surrounding the sentences and what was just and appropriate for the protection of the communities involved.

Notwithstanding the approach adopted by the Supreme Court, Lamer C.J. did concede in *M.(C.A.)* that appellate courts do have useful roles to play in reducing disparity of sentencing although it is arguable that the deferential approach reduces the court's ability to minimize disparity. In my opinion, deference encourages disparity and makes it much more difficult for courts of appeal to carry out the function of minimizing differences in results of sentencing. See my comments in *R.* v. *Laliberte*.[20] Interestingly, Chief Justice Lamer concludes by stating:

> I believe that a court of appeal should only intervene to minimize the disparity of sentences where the sentence imposed by the trial judge is in substantial and marked departure from the sentences customarily imposed for similar offenders committing similar crimes.[21]

[16] *Ibid.* at 565.
[17] *Ibid.* at 566.
[18] [1998] 7 W.W.R. 704.
[19] (1995), 101 C.C.C. (3d) 124.
[20] [2000] S.J. No. 138.
[21] *M.(C.A.)*, *supra* note 15 at 567.

In effect, that is what courts of appeal have always done. The problem is that courts of appeal are now faced with the so-called "deferential standard" of sentence review which was summarized by Sopinka J. in *R.* v. *McDonnell*[22] as: 1) error of principle; 2) failure by the trial judge to consider a relevant factor; 3) an over-emphasis by the trial judge of the appropriate factors; and, 4) a demonstrable unfitness of the sentence.

The result is that courts of appeal must now substitute the strong deferential approach for the lessor deferential approach as epitomized in *Morrissette*. I described that effect in these words in *Laliberte*:

> The effect of these three Supreme Court judgments has a profound effect on how we as a court of appeal deal with sentence appeals. Suffice it to say that prior to these decisions, this Court had not followed a "strong deferential approach" to sentence appeals. The result is, as Bayda C.J.S. noted in *R.* v. *Horvath*[23], that the approach to reviewing sentences as set out by this Court in *Morrissette* and *Wenarchuk* must now be replaced by the "strong deferential" standard of appellate review as set out by the Supreme Court in *Shropshire, M.(C.A.)* and *McDonnell*. Unless the sentencing judge has erred in principle, failed to consider a relevant factor or over emphasized an appropriate factor or imposed a sentence that is demonstrably unfit this court must not intervene.
>
> This deferential approach to sentence appeals is apt to produce more individualized sentences and consequently apt to produce a wider disparity of sentences when viewed from the perspective of the "offence" as distinct from the "offender".[24]

What then is the effect of the strong deferential approach to sentencing in general and conditional sentences in particular? The British Columbia Court of Appeal recently considered the standard of appellate review in *R.* v. *Mafi*[25], in an appeal dealing with the period of parole ineligibility under s. 745.2 of the *Code*. The trial judge had imposed a period of 20 years parole ineligibility for conviction of second-degree murder involving the stabbing deaths of two individuals. In imposing the sentence, the trial judge accepted the recommendation of the jury that the period of parole ineligibility be 20 years. Chief Justice McEachern and Mr. Justice Lambert allowed the appeal and reduced the period of parole ineligibility from 20 to 15 years. Mr. Justice Braidwood upheld the trial judge's decision because in his opinion it did not fall "outside the acceptable range for this kind of second degree murder".

With respect, that is precisely the problem with the strong deferential approach to sentencing. The range determined by the trial judge and Judge Braidwood was 10 to 20 years of parole ineligibility. That is an extremely wide range which can lead to a great deal of injustice. In effect it reduces an appellant to searching for an error in principle in order to appeal.

Mr. Justice Lambert examined this question in some detail. He noted that the recent amendments to the *Criminal Code* in relation to sentencing provided in s. 718.2(b) that:

---

[22][1997] 1 S.C.R. 948.

[23]*R.*v. *Horvath*, [1997] 152 Sask. R. 277, para. 23.

[24]*Laliberte, supra* note 20 at paras. 13–14.

[25]2000 B.C.C.A. 135.

> 718.2 A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:
>
> . . .
>
> (b) a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances

and that there was nothing inconsistent between that section, a principle which has always been important in sentencing, and s. 745.4 which sets out the obligation of a sentencing judge in imposing a sentence for second degree murder. As he points out, the sentence for second-degree murder is life imprisonment coupled with parole ineligibility of not less than 10 and not more than 25 years. That, however, is not the "acceptable range". Surely, the "acceptable range" is determined by the range for similar murders committed by similar offenders in similar circumstances. That range is determined in the same way as for all other offences. The range is not zero to the maximum, i.e. 0–14 years but rather is determined for like crimes committed by like people in like circumstances.

The difficulty in *Mafi* is that the acceptable range as found by the trial judge was too wide. The purpose of ranges established by courts of appeal is to provide useful guidelines to trial judges when sentencing accused persons. Those ranges must however not be so wide as to effectively deprive an accused person of a right of appeal. Those ranges have been determined over time by decisions of trial judges and courts of appeal and change from time to time to reflect changing circumstances. See, for example, the decision of the British Columbia Court of Appeal in *R.* v. *Sweeney*[26] in which the British Columbia Court of Appeal considered whether the upper end of the range for sentences for dangerous driving causing death or impaired driving causing death had through creeping incrementalism been allowed to drift too high.

In the opinion of Mr. Justice Lambert, a key consideration in the determination of whether or not a sentence is demonstrably unfit, should be whether the sentence imposed is a marked departure from the mid-point of the range and not from the extremes of the range. That approach has much to commend it but the better approach is to narrow the range as was done in *Mafi*. Mr. Justice Lambert notes courts of appeal must maintain an appropriate measure of sentencing consistency by ensuring the range is kept within limits set by identifying the characteristics of the offender and the offence that are significant for sentencing purposes.

Chief Justice McEachern after noting the changes to the *Criminal Code* with respect to sentencing and the Supreme Court of Canada's decisions in *Shropshire* and *M.(C.A.)* stated:

> Thus, it seems that a sentence imposed in a given case "should" be similar to sentences imposed upon similar offenders for similar offences committed in similar circumstances. However, at the same time, we must take into account the other purposes and principles of sentencing, including any aggravating or mitigating circumstances and the impact upon the victim(s)= family and friends. Moreover, in the recent case of *R.* v. *Gladue*[27], it was emphasized that sentencing judges must take into consideration <u>all</u> the provisions in Part XXIII of the *Criminal Code*.
>
> As a result of the legislative amendments and the relevant case law, sentencing has

[26](1992), 71 C.C.C. (3d) 82

[27]*R.* v. *Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688.

> become a very complicated exercise. Further, if all of the delineated principles are properly applied, a possible result could be a sentence that, when given an adequate measure of deference, would effectively deprive an accused of an effective right of appeal. Despite these observations, the foregoing represents the law that I must endeavour to apply in this case.[28]

Chief Justice McEachern then noted that the attempt to balance all the factors of sentencing may lead to the displacement of sound judgment exercised by trial and appellate judges. He carefully examined all the relevant factors to attempt to find an appropriate range of sentence which included not only a comparison with the length of parole ineligibility imposed in other cases but the peculiar circumstances of the accused. He considered: the circumstances of the offence; the circumstances of the accused; aggravating or mitigating circumstances; the effect of denunciation and retribution; the jury's recommendation; and, the change of rehabilitation. More importantly, after a lengthy review of the principles, he concluded that the appropriate range was in the 12 to 15 year period of parole ineligibility as found by Mr. Justice Lambert. He found that notwithstanding that in his opinion the sentence was outside the range, he still had to consider whether to defer to the decision of the trial judge and dismiss the appeal. I do not agree with that position. Once he found the sentence to be outside the range the sentence is unfit. I do agree with his opinion that to defer to the trial judge in the circumstances he described would result in upholding an excessive sentence and amount to a denial of the accused's right to appeal. That is the danger. Unless courts of appeal approach these matters with a certain degree of flexibility we will create injustice rather than reduce disparities and reduce injustices in sentencing.

The Supreme Court of Canada would appear to have judicially legislated a new meaning for the word "fitness." It is not enough the sentence is not fit, it must be ***demonstrably unfit*** and the trial judge must have committed either some error in principle or failed to consider or overemphasized a relevant factor in imposing the sentence. That position was reemphasized by Chief Justice Lamer in *R.* v. *Proulx*[29] in dealing with an appeal concerning the imposition of a conditional sentence. Chief Justice Lamer stated: "I stress that appellate judges should not second guess sentencing judges unless the sentence imposed is demonstrably unfit."[30] This is but one more example of the Supreme Court reducing the powers of courts of appeal. This cannot in the long run produce a positive approach to sentencing.

[28] *Mafi*, *supra* note 24 at paras. 44–45.
[29] [2000] 1 S.C.R. 61.
[30] *Ibid.* at para. 125.

AN EMPIRICAL ANALYSIS OF CONDITIONAL SENTENCING IN BRITISH COLUMBIA*

Dawn North

Department of Criminology, Simon Fraser University

INTRODUCTION

Conditional sentence orders were designed as an explicit alternative to incarceration and introduced by way of Bill C-41 (Chapter 22 of the R.S.C. 1995), a package of sentencing reform legislation proclaimed in September 1996. This sanction, which allows offenders to serve terms of imprisonment in the community, has generated considerable scholarly debate. Early research undertaken to monitor the impact of Bill C-41 identified several important issues in terms of the introduction of conditional sentence orders.[1] Later reports, including a 'final report' which presented three years of conditional sentencing data from across the country,[2] have provided much needed information regarding the implementation of the new sanction and the perceptions of both the judiciary and the public.[3] While these research projects have contributed greatly to the body of knowledge being generated around conditional sentences, gaps remain which must be addressed in order that a comprehensive assessment of the sanction can be made. Some of the most obvious gaps relate to the need for reliable information regarding: 1) the optional conditions imposed; 2) the number, type and judicial response to breaches; and 3) the relationship between the conditions imposed and the likelihood of breach.

Research as outlined above is especially relevant in light of the recent Supreme Court of Canada judgment in *R.* v. *Proulx*.[4] This decision addressed many of the issues raised by the introduction of conditional sentence orders and clarified, among other things, the way in which a conditional sentence should be imposed and the importance of optional conditions in terms of achieving the goals of sentencing — especially denunciation and deterrence. Implicit in the judgment was the opinion that to date, the optional conditions attached to conditional sentence orders had not been sufficiently onerous and the sanction had been unable, therefore, to achieve these sentencing objectives. In order to determine whether or not the judgment has affected sentencing practices at the trial level, it is necessary to have baseline "pre-*Proulx*" (prior to January 2000)

*This is an abridged version of a report available through the Department of Justice Canada.

[1]See Department of Justice, *The use of conditional sentences: An overview of early trends* by C. LaPrairie & C. Koegl (Ottawa: Department of Justice, 1998) at p.6. Briefly, these relate to concerns that the new sanction is problematic in terms of: 1) net-widening effects which could impact incarceration rates: 2) public and offender perceptions regarding the severity of the sentence; and 3) the need for adequate treatment and supervisory resources.

[2]See Department of Justice, *Conditional sentence orders by province and territory — Final Report (September 6, 1996 – September 30, 1999)* by C. LaPrairie (Ottawa: Department of Justice, 1999).

[3]See V. Marinos & A. Doob, "Understanding public attitudes toward conditional sentences of imprisonment" (1999), 21(5th) C.R. 31; *and* Department of Justice, *Judicial attitudes to conditional terms of imprisonment: Results of a national survey* by J.V. Roberts, A. N. Doob, & V. Marinos (Ottawa: Department of Justice, 1999).

[4]See *R.* v. *Proulx*, [2000] S.C.J. No. 6. The judgment also addressed the construction of the sanction, the purposes it was intended to achieve and the imposition of appropriate conditions.

data. One of the purposes of this study, therefore, was to provide a systematic statistical portrait of conditional sentencing prior to the landmark judgment. This will permit a valid evaluation of the effect of the decision in 2001.

Focus of this study

This study provides an in-depth analysis of the use of conditional sentence orders in three specific court locations within British Columbia. It supplies general information regarding the use of conditional sentences (including offence type, sentence length and the nature of optional conditions imposed) and specific information in terms of the number, type and response to breaches. Knowledge regarding the latter is critical in terms of many of the issues raised by the introduction of this sanction (net-widening, prison reduction, public perception, deterrent effect).[5]

Research Questions

In addition to providing much needed baseline information regarding the use of conditional sentence orders in British Columbia, this study addresses the following specific questions:

- What was the reported breach rate?
- What types of breaches were reported?
- What were the judicial responses?

FINDINGS[6]

Number of Conditional Sentence Orders

- In 1998: judges sitting in Vancouver Provincial Court imposed 466 conditional sentence orders (covering 1019 court informations); judges in Burnaby Provincial Court imposed 81 conditional sentence orders (covering 133 "informations"); and judges in Port Coquitlam Provincial Court imposed 67 conditional sentence orders (covering 97 "informations"). Overall, slightly less than one-half (49.2%) of the orders involved single charges.[7]

Offence Information — Types of Offences (Table 1)

- In all court locations the majority of conditional sentences were imposed for offences against property (most serious offence (MSO)): Vancouver (61.6%); Burnaby (65.4%); and Port Coquitlam (50.7%). Overall, offences against property accounted for 60.9% of the orders, persons offences 14.0%, drug offences (CDSA) 19.2%, administrative offences 2.9%, driving offences 1.1% and "other" 1.8%.

- When the Vancouver data were analyzed by "all offences" (not MSO) the proportions by offence category remained substantially the same, though administrative offences (i.e. fail to appear, breach probation) increased from 2.4% to 12%, apparently at the expense of person and drug offences which were reduced from 11.6% to 8% and 22.7% to 15.0% respectively.

- Analysis of "all offences" for Vancouver (466 conditional sentences / 1,059 charges) revealed that over one-half (50.2%) of the 'offences against property' charges were

[5]For a full discussion of these issues see J. Gemmell, "The new conditional sentencing regime" (1997) 39 C.L.Q. 334–361; P. Healy, "Questions and answers on conditional sentencing in the Supreme Court of Canada" (1999) 42(1) C.L.Q. 12–37; K. Jull, "Reserving rooms in jail: A principled approach" (1999), 42(1) C.L.Q. 67–115; and J.V. Roberts, "The hunt for the paper tiger: Conditional sentencing after Brady" (1999), 42(1) C.L.Q. 38–66.

[6]Carol La Prairie's findings in "Final Report" *supra* note 2 are referred to for the sake of *context*, not for purposes of comparison.

[7]This contrasts with La Prairie's finding that "the vast majority of orders involved one charge". *Ibid.* at p.2.

for theft under $5,000,[8] and 87.2% of the "drug offences" related to trafficking charges.

Sentence Length by Offence (Table II)[9]

- Of the specific offences considered,[10] the longest average sentences (conditional sentence only) were imposed on property offences: break and enter (9.3 months); and fraud over $5,000 (7.8 months).

- The average conditional sentence for a charge of theft under $5,000 was for 4.0 months. Sentence lengths for this charge had the greatest range — from one week to two years less a day.[11]

- Average sentence lengths for the 'person offences' examined were as follows: common assault (4.2 months); aggravated assault/assault causing bodily harm (5.5 months).

- The average conditional sentence imposed for trafficking or possession for the purpose of trafficking (CDSA) was 4.4 months.

Optional Conditions Imposed (Table III)

- In terms of conditional sentence orders overall (n=614): 7.3% (45) contained only the mandatory conditions; the majority (53.1%) contained from 1 to 3 optional conditions; 30.9% imposed from 4 to 6 optional condi-

TABLE I

CSO by category of offence

CSO — Category of Offence (MSO) — All Locations (n=614)

Location	Property		Person		CDSA		Admin.		Driving		Other CC		Total
	#	%	#	%	#	%	#	%	#	%	#	%	
Vancouver	287	61.6%	54	11.6%	106	22.7%	11	2.4%	2	0.4%	6	1.3%	466
Burnaby	53	65.4%	14	17.3%	6	7.4%	3	3.7%	2	2.5%	3	3.7%	81
Port Coquitlam	34	50.7%	18	26.9%	6	9.0%	4	6.0%	3	4.5%	2	3.0%	67
Overall	**374**	**60.9%**	**86**	**14.0%**	**118**	**19.2%**	**18**	**2.9%**	**7**	**1.1%**	**11**	**1.8%**	**614**

Property = theft, possession stolen property, B&E, fraud, forgery
Person = assault (common, sexual, indecent), assault w/weapon, ACBH, aggravated assault, threat/harass, robbery
CDSA = possession, trafficking, cultivating
Admin. = fail to appear, breach bail or probation
Driving = dangerous, impaired (including causing death), hit & run
Other = weapons offences, obstruct PC, communicating

[8] One-quarter (25.1%) of the Vancouver conditional sentences were imposed on charges of theft under (MSO).

[9] Derived exclusively from the 302 cases (all courts) involving conditional sentences on a single criminal charge. For orders covering multiple charges it was not always possible to know how much of a sentence was to be allocated to each charge. Of the 302 'single-charge" orders, 6 specific offences occurred in numbers large enough for analysis (deemed to be no less than 10 orders).

[10] Theft under, fraud over, break & enter, assault, aggravated assault/ACBH and trafficking (CDSA).

[11] Though it was not coded for in the file review, there were many instances where the conditional sentence length exceeded the statutory maximum jail term allowable for summary conviction offences (6 months). These were not the result of crown proceeding "by indictment" on dual offences (this was checked), and may be related to judges confusing the sanction with probation on some level.

TABLE II

CSO Length x Offence

CSO Length (months) x Offence*

Offence	# cases	Range		Mean	Median
		from	to		
fraud/over $5,000	17	3.00	18.00	7.8	6.0
theft/under $5,000	49	0.25	24.00	4.0	3.0
break & enter	63	1.00	24.00	9.3	9.0
Assault	12	0.75	6.00	4.2	4.5
ACBH/aggravated assault	12	3.00	9.00	5.5	5.0
Trafficking (CDSA)	62	1.00	18.00	4.4	3.0

* Refers to orders which cover only one charge:
- Vancouver = 217 out of 466
- Burnaby = 44 out of 81
- Port Coquitlam = 41 out of 67
- Overall = 302 out of 614

Note: Only offences which had at least 10 cases were included.

tions; and 8.6% had more than 7 conditions. On average there were more conditions imposed on the conditional sentence orders than on the probation orders that were attached to them (conditional sentence: mean=3.2 / median=3.0; probation: mean = 2.7 / median=2.0).[12]

- Overall, the top three optional conditions imposed (all locations) were related to substance abuse issues. On average, 45.1% of the orders included drug and/or alcohol counselling; 37.4% included "residential treatment/recovery house"; and 27.9% referred to "obey rules/regulations" (of recovery house/treatment center).

- With the exception of community work service (included on 20.6% of the Vancouver orders), conditions considered to be 'restorative' in nature were relatively rare: write essay (0.2%); letter of apology (3.2%); and restitution (1.7%).

- A curfew was included on 17.8% of the conditional sentences; house arrest on 7.3%. 5.6% of the orders required the offender to appear before the sentencing judge for "post-sentencing" reviews.

Models of Sentencing & Optional Conditions

One of the distinctions said to exist between conditional sentence orders and probation orders relates to the underlying purpose of the optional conditions attached to each. In theory, probation conditions are directed towards offender rehabilitation, while conditional sentence order conditions are directed towards preventing recidivism.[13] Classification of optional conditions according to the orientation they are

[12]Similar results were obtained in a study which compared optional conditions attached to conditional sentences and probation orders. See J. Roberts, D. Antonowicz & T. Sanders, "Conditional sentences of imprisonment: An Empirical analysis of optional conditions" (2000), 30(5th) C.R. at 121.

[13]*Ibid.* at 115.

TABLE III

CSO and probation conditions imposed — Vancouver

	Condition	CSO				Condition	Probation	
**	**ranked by % imposed on cso	#	%	***	**	***ranked by % imposed on probation	#	%
1	*Maintain/provide residence**	466	100.0%	1	2	*reporting — as directed**	162	34.8%
2	*Reporting — as directed**	466	100.0%	2	4	counselling — drug/alcohol	85	18.2%
3	*Travel restrict./jurisdiction of court**	466	100.0%	3	1	*maintain/provide residence**	65	13.9%
4	Counselling — drug/alcohol	206	44.2%	4	7	other — specify	45	9.7%
5	Res.treatment/recovery house	173	37.1%	5	8	area restriction (re-offence issue)	40	8.6%
6	Obey rules/regulations	144	30.9%	6	9	community work service	38	8.2%
7	Other — specify	103	22.1%	7	15	no contact (protection issue)	30	6.4%
8	Area restriction (re-offence issue)	100	21.5%	8	14	counselling — general/as directed	28	6.0%
9	Community work service	96	20.6%	9	5	res.treatment/recovery house	20	4.3%
10	Abstain drugs	94	20.2%	10	10	abstain drugs	19	4.1%
11	Submit breath/urine/blood	87	18.7%	11	11	submit breath/urine/blood	17	3.6%
12	Curfew	83	17.8%	12	13	abstain alcohol	13	2.8%
13	Abstain alcohol	64	13.7%	13	18	weapons restriction	13	2.8%
14	Counselling — general/as directed	12	12.0%	14	25	restitution	12	2.6%
15	No contact (protection issue)	38	8.2%	15	6	obey rules/regulations	11	2.4%
16	House arrest	34	7.3%	16	17	maintain/seek employment	10	2.1%
17	Maintain/seek employment	32	6.9%	17	20	counselling — psych/psych	9	1.9%
18	Weapons restriction	29	6.2%	18	3	*travel restrict./jurisdiction of court**	8	1.7%
19	Review (in court)	26	5.6%	19	22	area restriction (protection issue)	8	1.7%
20	Counselling — psych/psych	25	5.4%	20	19	review (in court)	7	1.5%
21	Letter of apology	15	3.2%	21	12	curfew	5	1.1%
22	Area restriction (protection issue)	14	3.0%	22	16	house arrest	3	0.6%
23	No contact (assoc/co-accused)	11	2.4%	23	23	no contact (assoc/co-accused)	3	0.6%
24	Reporting — specified	10	2.1%	24	26	counselling — anger management	3	0.6%
25	Restitution	8	1.7%	25	27	no contact (unknown)	3	0.6%
26	Counselling — anger management	6	1.3%	26	21	letter of apology	2	0.4%
27	No contact (unknown)	6	1.3%	27	28	area restriction (unknown)	1	0.2%
28	Area restriction (unknown)	4	0.9%	28	29	support dependents	1	0.2%
29	Support dependents	3	0.6%	29	30	education	1	0.2%
30	Education	2	0.4%	30	32	driving restriction	1	0.2%
31	Essay	1	0.2%	31	24	reporting — specified	0	0.0%
32	Driving restriction	0	0.0%	32	31	essay	0	0.0%
	Total # of orders	**466**	**100.0%**			**Total # of orders**	**178**	**38.2%**

= the number of times that condition was imposed
% = the # / the total number of orders

most consistent with (treatment/offender; punitive/protection of public; restorative/community),[14] however, suggests that conditional sentences were used primarily to achieve rehabilitative/treatment goals; then punitive/protection of public; then restorative/community (in that order). This ranking remained unchanged whether the question asked was "how many of the optional conditions imposed related to each orientation?" or "how many orders contained optional conditions related to each orientation?"

- In terms of the first question, approximately two-thirds (67.3%) of the optional conditions imposed overall (out of 1897 conditions classified) related to a treatment/offender orientation; 23.2% to a punitive/protection of the public orientation; and 9.3% to a restorative/community orientation.[15] These proportions were substantially maintained across court locations.

- When the question was re-phrased as "how many conditional sentence orders contained optional conditions related to each orientation?" the ranking remained the same. Overall, 78.0% of the orders contained optional conditions relating to a treatment/offender orientation; 49.5% to a punitive/protection of the public orientation; and 26.4% to a restorative/community orientation.

While there are obvious weaknesses with this method of establishing sentencing orientation, such an analysis serves to draw attention to the importance of optional conditions in terms of establishing and communicating the purposes and objectives of the sanction. More importantly, perhaps, a similar analysis conducted "post-*Proulx*" will clarify the impact of the decision in terms of the application of appropriate optional conditions.

CLASSIFICATION GUIDE — OPTIONAL CONDITIONS

Treatment/offender oriented conditions:	
abstain alcohol	T
abstain drugs	T
attend residential treatment/recovery house	T
counselling - anger management	T
counselling - drug/alcohol	T
counselling - general/as directed	T
counselling - psychiatric/psychological	T
education	T
maintain/seek employment	T
obey rules/regulations (of recovery house)	T
review (in court) before sentencing judge	T
submit breath/urine/blood upon demand	T
Punitive/protection of public oriented conditions:	
area restriction (protection issue)	P
area restriction (re-offence issue)	P
area restriction (unknown)	P
curfew	P
driving restriction	P
house arrest	P
no contact (association/co-accused)	P
no contact (protection issue)	P
no contact (unknown)	P
weapons restriction	P
Restorative/community oriented conditions:	
community work service hours	R
letter of apology to victim(s)	R
restitution (to victim)	R
write and submit essay (judge chooses topic)	R

[14]While there are several optional conditions which could be said to be consistent with more than one orientation (i.e. community work service as either punitive or restorative), conditions were classified according to their most generally accepted primary orientation — see *classification guide* attached after "Tables".

[15]When categorizing orders based on comparisons of the *number* of times certain conditions are imposed, you run the risk of emphasizing "quantity" over "quality". The argument could be made, for instance, that "1 count" of a relatively onerous condition (i.e. constant house arrest or a large number of community work service hours) should perhaps carry more weight than "1 count" of "take counselling for substance abuse as directed".

Known Breaches (Table IV – VI)

Breach Rate, Process, Response and Findings

- The overall breach rate for the three court locations was 37.6% (231 orders breached out of a possible 614).[16] In Vancouver there were "allegation of breach" reports filed on 40.6% (189) of the files reviewed; in Burnaby the rate was 34.6% (28); and in Port Coquitlam the rate was 20.9% (14).

- Breaches of 'optional conditions' were the most common in Vancouver (34.7%) and Port Coquitlam (57.1%), multiple breaches in Burnaby (35.7%). Analysis of these figures is complicated, however, due to the high number of allegations which set out "multiple breaches".[17] See Table IV.

- Analysis of the Vancouver data showed that the breaches alleged most frequently in the reports were: 1) not "reporting to supervisor as directed" (33.1%); 2) not attending "residential treatment/recovery house" (30.0%); and 3) committing new offences (13.7%). See Table V.

- Vancouver: There were certain conditions, or types of conditions, that were associated with higher than expected breach rates.[18] Orders which included conditions that suggested drug use, for instance, were more likely to be breached (51.2%) than orders which did not (21.2%).[19] Similar results were obtained with reference, specifically, to the requirement that an offender attend for residential drug treatment. Orders in which

TABLE IV

Number and Type of Known Breaches – All Locations

Location	#Breaches	% **	Type of Breach										Total
			Mandatory		Optional		New Off.		Multiple*		U/K		
Vancouver	189 #cs = 466	40.6%	45	23.7%	66	34.7%	12	6.3%	61	32.1%	5	2.6%	189
Burnaby	28 #cs = 81	34.6%	8	28.6%	6	21.4%	3	10.7%	10	35.7%	1	3.6%	28
Port Coquitlam	14 #cs = 67	20.9%	2	14.3%	8	57.1%	3	21.4%	1	7.1%	0	0.0%	14
Overall	**231**	**37.6%**	**55**	**23.8%**	**80**	**34.6%**	**18**	**7.8%**	**72**	**31.2%**	**6**	**2.6%**	**231**

*"Multiple" refers to allegation reports which alleged more than one "type" of breach (i.e. non-reporting and new offence)

[16]La Prairie estimated a breach rate for BC of 26% — *supra* note 2 at p.6.

[17]In Vancouver and Burnaby approximately one-third (32.1% and 35.7% respectively) of the breach reports filed alleged multiple breaches. An offender who was "AWOL" from a recovery house, for instance, was also not residing where directed, not complying with any house arrest or curfew, not obeying the rules and regulations of the house, not taking counselling as directed, etc.

[18]An obvious response to this would be that there are certain "high risk" types of offenders (i.e. those who have drug addictions) who tend to attract these conditions. Either way, the results are interesting in that they seem to suggest that certain conditions, or the need for certain conditions, is important in terms of predicting whether or not a conditional sentence will be successfully completed.

[19]Orders were only classified as "yes" on the "drug variable" if there were specific references to either attending drug abuse counselling or residential drug treatment. Conditions that referred only to abstaining from the consumption of drugs were classified as "no" on the "drug variable".

TABLE V

Specific Conditions Breached — Vancouver

No.	Condition	# imposed	% imposed	# breached	% of breaches
1	*Reporting — as directed**	466	21.1%	85	33.1%
2	Residential treatment/recovery house	173	7.8%	77	30.0%
3	Curfew	83	3.8%	24	9.3%
4	*Maintain/provide residence**	466	21.1%	16	6.2%
5	Obey rules/regulations	144	6.5%	16	6.2%
6	Area restriction (re-offence issue)	100	4.5%	13	5.1%
7	Abstain drugs	94	4.3%	6	2.3%
8	House arrest	34	1.5%	5	1.9%
9	Other — specify	103	4.7%	4	1.6%
10	Review (in court)	26	1.2%	3	1.2%
11	Community work service	96	4.3%	2	0.8%
12	Submit breath/urine/blood demand	87	3.9%	2	0.8%
13	Abstain alcohol	64	2.9%	1	0.4%
14	Counselling — drug/alcohol	206	9.3%	1	0.4%
15	No contact (protection issue)	38	1.7%	1	0.4%
16	Weapons restriction	29	1.3%	1	0.4%
	Total	**2209**	**100.0%**	**257****	**100.0%**
	New offence			26	3.8%***

* conditions mandatory on cso
** this number exceeds the # of breaches (189) because of instances of multiple breaches
*** 26/189 (calculated separately from condition breaches)

imposed = the # of times this condition appeared on an order
% imposed = the # imposed / total # of conditions imposed (2209)
# breaches = the # of times this condition was alleged to have been breached
% of breaches = the # of breaches / total # of conditions alleged to have been breached (257)

TABLE VI

Judicial Response* — All Locations

	Vancouver		Burnaby		Port Coquitlam		Overall	
	#	%	#	%	#	%	#	%
dismissed	7	4.1%	2	8.3%	0	0.0%	9	4.3%
no action	21	12.3%	3	12.5%	4	30.8%	28	13.5%
change conditions	49	28.7%	5	20.8%	2	15.4%	56	26.9%
cso suspended — part to be served I/C	26	15.2%	6	25.0%	5	38.5%	37	17.8%
cso terminated	68	39.8%	8	33.3%	2	15.4%	78	37.5%
Total	**171**	**100.0%**	**24**	**100.0%**	**13**	**100.0%**	**208**	**100.0%**

* Breach allegations which were withdrawn (by crown) or not yet dealt with have been removed.

this condition was present breached at a rate of 64.7%, as opposed to orders which did not include this conditions (26.3%).[20]

- Vancouver: 26 out of 189 (13.8%) allegation reports referred to new offences — the breach alleged being that the offender failed to "keep the peace and be of good behavior".[21] This figure is problematic, however, in that breach allegations relating solely to new offences were not regularly processed in 1998.[22]

- Vancouver: Of the offenders taken into custody as a result of the breach,[23] 27.3% were released pending the hearing, 22.7% were detained, and 50% remained in custody "by consent".

- Vancouver: Of the 84% (159) that proceeded to the hearing stage, the vast majority (93%) admitted the breach(es). Of the 7% (11) known to have disputed the breach allegation(s), six of the breaches were 'proven' and five were 'not proven'.[24]

Judicial Response

- "Judicial responses" to breach were known in 90% (208) of the 231 cases studied (the remaining 10% represented breaches that were either withdrawn by crown or not yet dealt with). Overall responses were as follows: 37.5% (78) of the conditional sentences were terminated; 26.9% (56) resulted in amendments to the conditions; 17.8% (37) of the sentences were suspended and a portion was served incarcerated; 13.5% (28) resulted in no action; and 4.3% (9) were dismissed. See Table VI.

- Vancouver judges terminated a greater percentage of conditional sentence orders than did judges at the other two court locations. The Vancouver conditional sentence termination rate (by judicial response) was 39.8%; Burnaby was 33.3%; and Port Coquitlam was 15.4%.

- Analysis of the Vancouver breach data suggested that all breaches are not treated equally in terms of judicial response. The breaches most likely to result in the conditional sentence being terminated were: house arrest (60%); new offence (58.3%); residential treatment (51.4%); and curfew (41.7%).

DISCUSSION

Breach Rates Generally

The findings of this study suggest that previous breach rate estimates for BC (26%)[25] may have been overly optimistic. There are three possible

[20]The requirement for residential treatment (as opposed to drug counselling only) is likely an indication of the perceived or actual seriousness of the drug problem being dealt with by an offender.

[21]The majority (34.6%) of the orders breached by "new offence" were originally imposed for theft/under offences (MSO); 19.2% each for B & E, trafficking (CDSA) and possession of stolen property; and 3.8% each for robbery and "other".

[22]This crown counsel practice or policy was related to the inability of the court to "stop the clock" on conditional sentences in 1998. (Personal communication with Vancouver Crown Counsel, March, 2000). Further difficulties observed in terms of "breach by new offence" are discussed in the full version of this report.

[23]93% (176) of these offenders were taken into custody as a result of the breach. The remaining 13 were cases where either: 1) a summons was issued; 2) the offender appeared out of custody without process; or 3) warrants remain outstanding.

[24]Any discrepancy between the number of allegations noted as "not proven" (5) and the number of allegations dismissed (7) is attributable to the fact that, in some cases where the allegations were dismissed, the "response" and "finding" were not clearly indicated (coded as unknown by the researcher).

[25]See C. La Prairie, *supra* note 2 at p.6.

conclusions which could be drawn from the differences observed between this estimate and the relatively high breach rates documented at two of the three court locations studied. First, it may be that the 26% estimate was based on poor or incomplete data — conditional sentence breaches in BC are not reliably tracked in either the court or corrections databases. The relatively large drug offender population in BC, particularly in the downtown Vancouver area, may be contributing to the higher than expected breach rates observed in this study.

An alternate explanation may be related to the differences observed between the 'urban' (Vancouver) and "suburban" (Burnaby and Port Coquitlam) breach rates. It is possible that the high rate reported for Vancouver (40.6%), for instance, may be offset by the lower rates found in less densely populated suburban and rural areas. If this is the case, the 26% *overall rate* could be accurate for the province.

The final possibility is that the inconsistencies observed are the result of a combination of these factors — incomplete data and variations in rates. What is clear, however, is that there remains a need for further research which collects and analyzes reliable data regarding conditional sentence breach rates. This is particularly critical in terms of responding to suggestions that the sanction has not been successful to date in reducing admissions to provincial institutions.

Though the relatively small number of orders coded (614) precludes the making of definitive statements regarding possible 'breach predictor' variables, the findings do suggest that there are some factors which are related to higher breach rates and some that are not. In terms of the latter, race, gender and category of offence appeared to be generally unrelated to the likelihood that a breach report would be filed, though exceptions were noted. In the Burnaby and Port Coquitlam cases, for instance, it appeared that property offences had a higher breach rate than would be expected and person offences had a lower breach rate than would be expected. It is also possible that specific offences within categories (i.e. break and enter) may have high breach rates which are offset by the low rates of other offences within the same category (i.e. fraud). Again, the value of comparing "averages" or "categories" when studying conditional sentence breach rates, becomes questionable.

Several factors were identified which did appear to be related to an increased likelihood that an order would be breached. These would include: prior criminal record; the presence of optional conditions which suggest drug use; and/or requirements that the offender attend for residential treatment, abide by a curfew or be subject to house arrest. While it is obvious that the presence of these conditions did not *cause* the breaches,[26] the fact that they are associated with relatively high breach rates raises serious issues around assessments of acceptable levels of "risk". Identifying which conditions are most (and least) likely to result in breach by the offender, therefore, is crucial in terms of providing judges with the tools necessary to craft creative and effective sanctions.[27]

[26]It is more likely that these conditions reflect pre-existing offender "needs" (i.e. drug treatment) which would place them in a higher risk category in any event.

[27]Would a judge's sentencing decision regarding an offender s/he is considering releasing into a residential treatment program (on a conditional sentence order) be at all affected by the suggestion that offenders who require that level of treatment breach that specific condition 44.5% of the time, or breach the order in some way in almost two-thirds (64.7%) of the cases?

In terms of the "Sword of Damocles"[28] metaphor associated with conditional sentencing, it would appear that the rope was completely 'severed' in approximately one-third (37.5%) of the orders breached overall. Whether this would amount to the degree of certainty referred to in the literature remains a matter for debate. In light of the complex calculations required to determine the time left to be served on a terminated conditional sentence, further research would be required to determine whether, in the cases in which the rope was severed, it was a sword or a butter-knife that fell.

Implications for the Future (*Proulx*)

Many of the issues relating to the application of conditional sentences were specifically addressed in *R.* v. *Proulx*,[29] a recent decision of the Supreme Court of Canada which, among other things, sets out the principles which should govern the use of the new sanction. The court's interpretation of the legislation has serious implications in terms of conditional sentence orders generally, and breaches of those orders specifically. For instance, although the court situates conditional sentences within a legislative package (Bill C-41) aimed at reducing prison populations, it potentially frustrates the attainment of that goal by: 1) allowing judges to extend the length of conditional sentences beyond the terms of incarceration they replace;[30] 2) suggesting that onerous and punitive conditions (including curfews and house arrest) should be the norm;[31] and 3) creating a presumption of incarceration in situations where an offender has breached a condition without reasonable excuse.[32]

As noted earlier, one of the purposes of this study was to provide "baseline" data regarding the use of conditional sentence orders in specific BC court locations prior to the *Proulx* decision. The decision is likely to have a significant impact in terms of the application of conditional sentences (specifically decisions relating to sentence length, optional conditions attached and judicial response).[33] Whether the impact will be seen negatively or positively in light of the original goals of the sanction remains to be seen. In terms of breach rates, for instance, it may be that those referred to in this report should be considered as *minimum* figures.

CONCLUSIONS

The findings of this study will potentially be of interest to many agencies. The Department of Justice Canada has an obvious interest in monitoring the implementation and effect of Bill C-41. Provincial corrections agencies, inasmuch as they have been greatly affected by the introduction of conditional sentences, may

[28]See J.V. Roberts, "Conditional sentencing: Sword of Damocles or Pandora's Box?" (1997), 2 Can. Crim. L.R. at p.186; see also the decision of the Alberta Court of Appeal in *R.* v. *Brady*, (1998), 15 C.R. (5th) at p.126.

[29]*Supra*, note 4.

[30]Making conditional sentences longer than the jail sentences that would otherwise have been imposed recognizes their relative leniency and maintains the fundamental principle of proportionality as set out in Section 718.1. (*Proulx*, *ibid.* at para. 54).

[31]The imposition of onerous and punitive conditions is necessary to: 1) distinguish conditional sentences from suspended sentences with probation (*Ibid.* at para. 30); 2) to achieve the objectives of denunciation/deterrence (*Ibid.* at para. 30); and 3) to ensure that offenders do not avoid punishment (*Ibid.* at para. 35).

[32]*Ibid.* at para. 39. Lamer C.J. noted that "...there should be a presumption that the offender serve the remainder of his or her sentence in jail".

[33]Another factor likely to contribute to an increased processing of breach allegations is related to legislation (Bill C-51) proclaimed July 1, 1999 which amended the conditional sentencing sections of the code to provide for the "stopping of the clock" on conditional sentence breaches.

be assisted by the general information provided regarding the use of this sanction, and specific information provided in terms of the number of, nature of and response to conditional sentence breach allegations. This study also provides much needed feedback to the judiciary regarding the use of conditional sentences, factors which might increase the likelihood that an offender will breach, and the responses of other judges to specific kinds of breaches.

Conditional sentence orders have become, and will likely continue to be, an important part of the sentencing landscape in Canada. While this new sanction is still in the process of finding its place and purpose within the larger criminal justice system, it is important that its use and impact continue to be systematically monitored.

APPENDIX

Recent cases that cite *R.* v. *Proulx* (2000)

(as of July 27, 2000)

Newfoundland (Attorney General) v. *Puddister* (12 April 2000), St. John's 126 (Nf.Sup.Ct. (T.D.))

R. v. *Anderson* (4 April 2000), St. Catherines 992460 (Ont. Ct. Just.)

R. v. *Auger* (31 March 2000), Peace River 9909-0020-C6 (Sk.Q.B.)

R. v. *Bannab* (25 February 2000), Prince Albert 30 (Q.B.A.)

R. v. *Beals* (31 March 2000), Halifax CAC 157138 (N.S.C.A)

R. v. *Berntson* (28 April 2000), Regina 7731 (SK.C.A.)

R. v. *Bevan* (30 March 2000), Prince Edward Island GSC-17353 (P.E.I.Sup.Ct. (T.D))

R. v. *Bjellebo* (15 February 2000), Toronto 478 (Ont.Sup.Ct.Just.)

R. v. *Brass* (26 May 2000), New Westminster X051292 (B.C.Sup.Ct.)

R. v. *Bremner* (2 June 2000), Vancouver CA026498 (B.C.C.A.)

R. v. *Byford* (17 April 2000), Sudbury 505/99 (O.Sup.Ct.Just.)

R. v. *Cameron* (23 March 2000), Halifax CR 158789 and CR 158790 (N.S.Sup.Ct.)

R. v. *C.A.P.* (4 April 2000), Kitchener 1249 (Ont.Sup.Ct.Just.)

R. v. *Cairns* (16 February 2000), Longueuil 505-01-005623-968 J.E. 2000/1721 (C.Q.(Crim. Div.))

R. v. *Chamberlin* (23 March 2000), Yellowknife CR 03817 (N.W.T.Sup.Ct.)

R. v. Clarke (14 April 2000), St. John's 673 (Nf.Sup.Ct.(T.D.))

R. v. *Coley* (14 April 2000), Iberville 755-73-000017-968, 755-73-000018-966, 755-73-000019-964, 755-73-000020-962 (C.Q. (Crim. Div.))

R. v. *Cullen* (17 May 2000), AD-0862 (P.E.I.Sup.Ct. (A.D))

R. v. *Dowden* (17 February 2000), St. John's 95 (Nf.Prov.Ct.)

R. v. *Ewen* (13 March 2000), Saskatoon 7810 and 7795 (SK.C.A)

R. v. *Fisher* (2000), 47 O.R. (3d) 397

R. v. *Forward* (1 March 2000), Vancouver CA026199 (B.C.C.A.)

R. v. *Fudge* (2 February 2000), G05676 (Ont.Sup.Ct.Just.)

R. v. *Gauthier* (23 March 2000), Montréal 500-10-001744-992 (C.Q. (A.))

R. v. *H.A.V.* (29 February 2000), St. John's 99/86 (Nf.Sup.Ct.)

R. v. *H.B.E.* (2 March 2000), St. John's 1998050158 (Nf.Sup.Ct. (T.D.))

R. v. *Huether* (18 February 2000), Oshawa C33898 (Ont.Ct.Just)

R. v. *Hunt* (2 March 2000), Saskatoon 89 (Sk.Q.B)

R. v. *Ingram* (29 May 2000), Sechelt 11649 (B.C. Prov. Ct. J.)

R. v. *Jee* (23 February 2000), Windsor 1034-99 (Ont.Ct.Just.)

R. v. *Johnston* (10 February 2000), Halifax 160149 (N.S.C.A)

R. v. *Keepness* (28 February 2000), 7765 (Sk.C.A)

R. v. *Lettroy* (2000), 47 O.R. (3d) 517

R. v. *Lush* (29 February 2000), Winnipeg 216 (Mb. Prov. Ct. Just.)

R. v. *MacDougall* (16 March 2000), GSC-17239 (P.E.I.Sup.Ct. (T.D.))

R. v. *Machado* (23 March 2000), Kitchener 1247 (Ont.Sup.Ct.Just.)

R. v. *McGillis* (17 April 2000), Cornwall 1898/99 (Ont.Ct.Just.)

R. v. *Millward* (16 March 2000), Daniel 40810533P20101 (Ab. Prov. Ct. (C.D.))

R. v. *M.M* (17 April 2000), Montréal 500-01-066897-981 (C.Q. (Crim. Div.))

R. v. *Moore* (31 May 2000), Toronto 2260 (Ont.Sup.Ct.Just.)

R. v. *M.S* (7 February 2000), Newmarket 1408 (Ont.Sup.Ct.Just.)

R. v. *Ouellet* (28 February 2000), Québec 200-01-045339-995 (C.Q. (Crim. Div.))

R. v. *Patterson* (7 March 2000), Scarborough (Ont.Ct.Just.)

R. v. *P.D.* (7 April 2000), Québec 200-01-034865-984 (C.Q. (Crim.Div.))

R. v. *Pecoskie* (10 March 2000), Brampton 1421 (Ont. Sup. Ct.Just.)

R. v. *Peterson* (11 February 2000), Calgary 9701-0904-C1 (Ab.Q.B.)

R. v. *Pham* (17 February 2000), Edmonton 80679269P10102 (Ab.Prov.Ct. (C.D.))

R. v. *Pimentel* (12 May 2000), AR 99-30-04239 and AR 99-30-04245 (Mb.C.A.)

R. v. *Ramsey* (4 May 2000), Melfort 1254 (Judicial Ct. of Melfort) (Sk.Q.B.)

R. v. *R.L.H.* (2 March 2000), Victoria V03511 (B.C.C.A.)

R. v. *Schafer* (28 February 2000), Whitehorse 99-00570 (Y.T.T.C.)

R. v. *Shacklock* (11 May 2000), Halifax CAC 163451 and CAC 163452 (N.S.C.A.)

R. v. *Sithivinayagam* (29 May 2000), Toronto 2115 (Ont.Ct.Just.)

R. v. *Skinner* (16 March 2000), 1999060107 (Nf.Sup.Ct. (T.D.))

R. v. *S.L.C.* (9 March 2000), Kentville 126 (N.S. Prov. Ct.)

R. v. *Stevenson* (11 April 2000), 98-1755 (Ont.Sup.Ct.Just.)

R. v. *Teskey* (14 April 2000), Vancouver C36320-01-1D (B.C.S.C.)

R. v. *Thompson* (8 February 2000), London 810 (Ont.Ct.Just.)

R. v. *Tremblay* (10 February 2000), Montréal 500-01-000573-995 (C.Q. (Crim. Div.))

R. v. *Tremblay* (29 March 2000), Montréal 500-10-001738-994 (C.Q.A.)

R. v. *Turcotte* (19 April 2000), Toronto C31658 (O.C.A.)

R. v. *Welcher* (29 February 2000), 1999 No. G-113 (Nf.Sup.Ct. (T.D.))

R. v. *Widow* (8 May 2000), Yellowknife CR 03842 (N.W.T.Sup.Ct.)

RESEARCH AND STATISTICS DIVISION
DIVISION DE LA RECHERCHE ET DE LA STATISTIQUE

LE NOUVEAU VISAGE DE L'EMPRISONNEMENT AVEC SURSIS

Compte rendu du symposium

Ministère de la Justice Canada
Department of Justice Canada
Canada

Données de catalogage avant publication (Canada)
Vedette principale au titre :
Le nouveau visage de l'emprisonnement avec sursis :
compte rendu du symposium

Texte en français et en anglais disposé tête-bêche. Titre de la p. de t. addit.:
The changing face of conditional sentencing.
Symposium tenu le 27 mai 2000.

ISBN 0-662-65368-8
No de cat. J2-174/2000

1. Sentences (Procédure pénale) – Canada-Congrès.
I. Canada. Ministère de la justice Canada.

KE9355.C34 2000 345.71'0772 C00-980479-XF

LE NOUVEAU VISAGE DE L'EMPRISONNEMENT AVEC SURSIS

Compte rendu du symposium

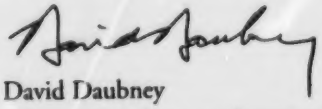
AVANT-PROPOS

Les condamnations à l'emprisonnement avec sursis ont été utilisées pour la première fois en 1996 et sont devenues une des questions le plus importantes qui ont trait à la détermination de la peine. Elles ont été créées afin d'aider à réduire le recours excessif à l'emprisonnement au Canada d'une façon qui respecte les principes de la détermination de la peine sans compromettre la sécurité. Même si le taux d'emprisonnement au Canada est passé de 133 par 100 000 en 1994-1995 à 123 par 100 000 en 1998-1999, il est toujours l'un des plus élevés parmi les pays développés.

En janvier 2000, la Cour suprême du Canada a rendu un jugement unanime (*R.* c. *Proulx*) sur l'utilisation des condamnations avec sursis. *Le visage changeant de la condamnation avec sursis : Symposium d'une journée* a été le premier forum public portant sur la question des condamnations avec sursis depuis le jugement de la Cour suprême. Le symposium a eu lieu à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa le 27 mai 2000 et il a été commandité et organisé par les facultés de droit et de sciences sociales de l'Université d'Ottawa en collaboration avec la Division de la recherche et de la statistique du ministère de la Justice du Canada. Un certain nombre d'experts du domaine des condamnations avec sursis se sont exprimés lors du symposium. Les présentateurs provenaient de différents ministères et organismes et ils comptaient des juges, des professeurs, des procureurs de la Couronne, des avocats de la défense et des agents de probation et de correction de l'Ontario. Des séances ont été tenues sur les sujets suivants : (1) les condamnations avec sursis après les jugements de la Cour suprême : questions et orientations ; (2) les points de vue de la défense et de la Couronne sur les condamnations avec sursis ; (3) les limites des condamnations avec sursis et de l'examen en appel ; (4) l'administration des condamnations d'emprisonnement avec sursis.

La participation au symposium a été bonne et on y a débattu énergiquement de plusieurs questions clés. On y a tenu notamment : (1) une discussion sur le rôle des tribunaux d'appel pour ce qui est de guider les juges de première instance ; (2) un échange entre les avocats de la Couronne de l'Ontario et les participants au sujet de l'utilisation de lignes directrices ordonnant aux avocats de la Couronne de s'opposer à la condamnation avec sursis dans certaines circonstances ; (3) une discussion sur l'obtention d'un consensus général quant au besoin de ressources supplémentaires pour la supervision des contrevenants condamnés à l'emprisonnement avec sursis.

Nous remercions tous les présentateurs du symposium et les personnes qui ont préparé des documents sur cette question importante. La présente publication est une compilation de huit documents présentés au symposium par des universitaires qui sont des chefs de file dans ce domaine, des avocats de la Couronne, des avocats de la défense et des juges. Le symposium et cette publication sont des contributions opportunes aux discussions sur les condamnations avec sursis. Nous espérons que la publication de ces documents permettra au débat d'atteindre un plus vaste auditoire. Les condamnations à l'emprisonnement avec sursis continueront probablement à représenter une importante portion des condamnations au Canada. C'est pourquoi il faudra évaluer et réévaluer le régime de condamnations avec sursis afin de vérifier s'il atteint ses objectifs.



David Daubney
Avocat général et coordonnateur
Équipe de la réforme sur la détermination de la peine
Ministère de la Justice du Canada

TABLE DES MATIÈRES

Patrick Healy
Le caractère punitif de l'emprisonnement avec sursis 1

Allan Manson
L'emprisonnement avec sursis : L'approche canadienne à la réforme pénologique ou un autre saut dans l'inconnu 9

Kent Roach
L'emprisonnement avec sursis, la justice réparatrice, l'aggravation des peines et les délinquants autochtones 27

Julian Roberts
L'énigme du sphinx : L'emprisonnement avec sursis après l'arrêt de la R. c. Proulx de la Cour suprême 43

Gregory Tweney
La Cour suprême du Canada examine l'emprisonnement avec sursis 59

Gilles Renaud
La nature changeante de l'emprisonnement avec sursis : Le prononcé de la peine vu des premières lignes 67

Mr. Justice William Vancise
Les appels sur sentence 73

Dawn North
Analyse empirique de l'emprisonnement avec sursis en Colombie-Britannique 81

Annexe
Causes récentes qui mentionnent R.v. Proulx (2000) 94

LE CARACTÈRE PUNITIF DE L'EMPRISONNEMENT AVEC SURSIS*

Patrick Healy

Faculté de droit et Institut de droit comparé, Université McGill
Conseil, Shadley Battista, Montréal

L'arrêt *Proulx*[1] et les arrêts connexes[2] ont réglé un certain nombre de questions, au moins sur le plan des principes, mais il va falloir un certain temps pour que les règles et les pratiques applicables à l'emprisonnement avec sursis se décantent. Cela n'est pas dû aux divergences que l'on retrouve dans les décisions prononcées par la Cour suprême, mais ces divergences indiquent clairement que si les membres de cette Cour ne parviennent pas à s'entendre sur l'application de leurs propres principes, il est futile d'espérer que les autres tribunaux y parviennent. La présente étude a pour objet d'expliquer pourquoi ces décisions récentes ont introduit dans le domaine de l'emprisonnement avec sursis une incertitude qui va perdurer. Cette incertitude vient pour l'essentiel de la question de savoir dans quelle mesure la nature punitive de l'emprisonnement avec sursis[3] est compatible avec la réalisation des objectifs de la justice réparatrice.

I

Dans l'arrêt *Proulx*, la Cour suprême situe la condamnation à l'emprisonnement avec sursis dans l'échelle des peines entre l'incarcération dans un établissement provincial et le sursis au prononcé de la peine avec probation. Parlant au nom de la Cour, le juge en chef Lamer explique que le sursis à l'emprisonnement doit donc permettre de réaliser les objectifs punitifs que visent les peines privatives de liberté et, parallèlement, les objectifs axés sur la réinsertion sociale et sur la justice corrective.[4] L'emprisonnement avec sursis doit donc s'accompagner en général de conditions restrictives de liberté, comme la détention à domicile, les couvre-feu ou la surveillance électronique.[5] Les objectifs punitifs doivent se refléter dans la durée et la gravité des conditions imposées.[6] De la même façon, la présence de circonstances aggravantes n'interdit pas le recours à l'emprisonnement avec sursis, mais ce facteur va se refléter dans la durée et la

*Cette étude a été préparée pour la Direction de la détermination de la peine du ministère de la Justice (Canada) et présentée au colloque *Le nouveau visage de l'emprisonnement avec sursis*, organisé conjointement par le ministère de la Justice et la faculté de droit de l'Université d'Ottawa, le 27 mai 2000. Remerciements à Julian Roberts pour ses travaux et ses encouragements dans ce domaine.

[1] *R.* c. *Proulx* (2000), 30 C.R. (5th) 1 (C.S.C.). Les numéros renvoient aux paragraphes tels qu'ils sont numérotés dans la décision.

[2] *R.* c. *R.A.R.* (2000), 30 C.R. (5th) 49 (C.S.C.); *R.* c. *R.N.S.* (2000), 30 C.R. (5th) 63 (C.S.C.); *R.* c. *L.F.W.* (2000), 30 C.R. (5th) 73 (C.S.C.); *R.* c. *Bunn* (2000), 30 C.R. (5th) 86 (C.S.C.). L'arrêt *R.* c. *Gladue* (1999), 23 C.R. (5th) 197 (C.S.C.) a été prononcé avant les cinq décisions rendues le 31 janvier 2000 et l'arrêt *R.* c. *Wells*(2000), 30 C.R. (5th) 254 (C.S.C.) a été prononcé par la suite, même s'il a été entendu en même temps que ces décisions.

[3] Cette expression, et le titre de l'étude, sont tirés du paragraphe 38 de l'arrêt *Proulx*, précité, note 2.

[4] Voir, p. ex., *Proulx*, précité, aux par. 22, 23, 100, 113.

[5] *Ibid.*, par. 36, 117.

[6] *Ibid.*, par. 114, 117.

sévérité des conditions imposées.[7] La Cour insiste beaucoup sur la nécessité de donner clairement au sursis à l'emprisonnement un effet dénonciateur et dissuasif.[8] Lorsque ces aspects jouent un rôle essentiel, le juge en chef Lamer affirme que l'incarcération est préférable, mais il ajoute : « selon la nature des conditions imposées dans l'ordonnance de sursis, la durée de celle-ci et la situation du délinquant et de la collectivité au sein de laquelle il purgera sa peine, il est possible que l'emprisonnement avec sursis ait un effet dénonciateur et dissuasif suffisant, même dans les cas où les objectifs correctifs présentent moins d'importance. »[9]

Le juge en chef Lamer n'aborde à aucun moment l'idée que l'emprisonnement avec sursis doit viser davantage des objectifs correctifs que punitifs et les différences qu'il fait ressortir entre l'emprisonnement avec sursis et la probation interdisent une telle interprétation.[10] En fait, le juge en chef explore très peu dans son opinion le contenu concret des aspects correctifs et de réinsertion sociale des délinquants de l'emprisonnement avec sursis.[11] Le juge en chef Lamer n'envisage pas non plus la possibilité que les objectifs punitifs et correctifs puissent jouer un rôle comparable ou proportionné dans la formulation d'une ordonnance d'emprisonnement avec sursis. Dans ses motifs, le juge en chef insiste essentiellement sur le caractère punitif de l'emprisonnement avec sursis.[12] Il ressort en fin de compte des motifs de la Cour que l'importance accordée aux aspects dénonciateur et dissuasif de l'emprisonnement avec sursis interdit de voir dans cette sanction une mesure axée principalement sur la justice corrective. C'est ce que pensaient de nombreux commentateurs avant que la Cour suprême soit saisie de l'affaire *Proulx* et des autres affaires du même genre. Ces décisions indiquent que l'emprisonnement avec sursis n'a pas été ajouté au Code pour en quelque sorte renforcer la probation.[13]

Bref, l'arrêt *Proulx* tente de faire de l'emprisonnement avec sursis une sanction distincte qui se situe entre l'incarcération et la probation en insistant sur les objectifs punitifs de la première peine et en préservant les aspects correctifs de la seconde. Il n'est guère exagéré d'affirmer que la Cour fait découler les objectifs punitifs de la présence de conditions obligatoires et les objectifs correctifs des conditions facultatives. La raison en est que la Cour a en fait introduit dans le par. 742.3(1) l'*obligation* d'assortir l'ordonnance de sursis de conditions punitives et il a renforcé cette affirmation en précisant que le juge qui n'assortit pas une telle ordonnance de conditions punitives sans fournir la raison

[7] *Ibid.*, par. 102 et 103, 115.

[8] *Ibid.*, par. 30, 41, 102 à 109, 114.

[9] *Ibid.*, par. 114.

[10] Au paragraphe 19 de l'arrêt *Proulx*, précité, le juge en chef Lamer énonce : « la jurisprudence canadienne en matière de détermination de la peine a traditionnellement mis l'accent sur les objectifs de dénonciation, de dissuasion, d'isolement du délinquant du reste de la société et de réinsertion sociale, ce dernier objectif étant relativement récent dans l'analyse ». Il note également qu'avec la réforme de la partie XXIII, le Parlement a voulu accorder une importance nouvelle aux objectifs liés à la justice corrective. Cette affirmation laisse le lecteur quelque peu perplexe parce qu'elle semble indiquer que depuis quelque temps les objectifs de réinsertion sociale sont moins importants. Elle laisse le lecteur encore plus perplexe lorsqu'on constate que la probation, telle que décrite par le juge en chef aux paragraphes 32 à 35, est une mesure visant la réinsertion sociale du délinquant. La probation est bien sûr une institution traditionnelle du droit canadien, tout comme l'aspect réinsertion sociale d'au moins un type de peine. Voir également le par. 29 du jugement.

[11] Voir *Proulx*, précité, par. 109 à 112; *cf.* par. 18 à 20.

[12] *Ibid.*, par. 22, 23, 28, 29, 30, 35, 36, 37, 38, 41, 99, 100, 102, 103, 113, 114, 117.

[13] *Ibid.*, par. 99.

particulière expliquant cette décision serait sanctionné en appel.[14]

Voici donc comment l'on pourrait décrire la réforme de la partie XXIII du Code, telle qu'interprétée dans *Proulx*. Auparavant, le juge devait choisir entre l'incarcération et la probation; il a désormais trois possibilités – deux d'entre elles sont principalement punitives – chacune ayant ses caractéristiques propres : aspect punitif, aspects punitif et correctif combinés dans une certaine proportion, et aspect réparateur. Pour chaque infraction et chaque contrevenant, le juge doit déterminer laquelle de ces trois possibilités convient. À première vue, l'emprisonnement avec sursis tel que décrit dans l'arrêt *Proulx* favorise les solutions punitives. Cela découle directement de la définition du sursis à l'emprisonnement et de l'importance accordée à la dénonciation et à la dissuasion. On peut noter que dès le début de ses motifs dans l'arrêt *Proulx*, le juge en chef Lamer souligne que le sursis à l'emprisonnement ne s'applique qu'à une sous-catégorie de délinquants non dangereux qui seraient autrement incarcérés.[15]

Mais il *semble* également que l'emprisonnement avec sursis ait déjà renforcé, ou va le faire, l'importance des objectifs punitifs. Cette affirmation est-elle exacte? La réponse à cette question est qu'il est encore trop tôt pour le savoir parce qu'il faudra attendre un certain temps avant de disposer de données empiriques rigoureuses sur les pratiques relatives à l'infliction de ces trois peines, en particulier du sursis à l'emprisonnement après l'arrêt *Proulx*. Il faudra bien sûr interpréter ensemble les données relatives à ces trois catégories puisqu'elles se chevauchent de multiples façons. Logiquement, il serait peut-être préférable que ces catégories soient tout à fait distinctes et qu'il soit possible d'affirmer *a priori* qu'une affaire donnée appartient manifestement à une catégorie et non aux autres. En pratique, il est toutefois probable que l'introduction de l'emprisonnement avec sursis ait eu pour effet d'alléger certaines peines qui auraient autrement pris la forme d'une peine d'emprisonnement dans un établissement provincial et d'aggraver d'autres peines qui auraient autrement débouché sur la probation. Si tel est bien le cas et si l'emprisonnement avec sursis est utilisé selon les règles de l'arrêt *Proulx*, cela va renforcer le recours aux mesures punitives puisque la majorité des décisions font partie des deux catégories qui sont toutes les deux de nature manifestement punitive.

Les trois principales variables à examiner sont le nombre des admissions dans les établissements provinciaux, celui des emprisonnements avec sursis et celui des ordonnances de probation.[16] Si le nombre des ordonnances de probation n'augmente pas de façon importante et si l'on n'enregistre pas parallèlement une diminution importante de celui des admissions provinciales et des emprisonnements avec sursis, les ordonnances de nature punitive vont continuer à être les plus nombreuses. Si le nombre des mesures appartenant à ces trois catégories demeure pour l'essentiel inchangé et que l'on applique l'arrêt *Proulx* de façon uniforme, la même conclusion s'imposera. Les exhortations qu'a récemment

[14] *Ibid.*, par. 37.

[15] *Ibid.*, par. 12.

[16] Pour ce qui est du nombre des admissions dans les établissements provinciaux, il faut comparer ce nombre à celui des condamnations (nombre qui diminue en raison de la réduction du nombre des poursuites). Voir J. Roberts & C. Grimes, *Adult Criminal Court Statistics – 1998/99* (2000) 20 Juristat 1. Voir également J. Roberts, D. Antonowicz & T. Sanders, *Conditional Sentences of Imprisonment: An Empirical Analysis of Optional Conditions* (2000) 30 C.R. (5th) 113, mais il convient de noter que les données qui sont utilisées concernent des peines imposées avant l'arrêt *Proulx*. Il faut espérer que l'on entreprenne une étude semblable qui viserait à examiner les effets de l'arrêt *Proulx*.

formulées la Cour suprême pour que les cours d'appel fassent preuve de retenue à l'égard des décisions de première instance ne pourront, si elles sont entendues, que renforcer ces effets.[17]

II

La première conclusion présentée ici est fondée sur le texte des motifs de l'arrêt *Proulx* et sur la déclaration générale de principe que l'on y trouve. La voici : l'introduction de l'emprisonnement avec sursis n'a pas marqué l'adoption d'objectifs correctifs plutôt que punitifs en matière de peines et en fait, l'interprétation donnée actuellement à l'emprisonnement avec sursis ne peut que renforcer les objectifs punitifs du régime des peines. Il est bon de répéter que la Cour suprême a affirmé que dans le sursis à l'emprisonnement, les objectifs correctifs ne viennent que compléter l'élément essentiel, la punition. Les objectifs correctifs ne peuvent avoir prépondérance sur les autres dans l'octroi du sursis à l'emprisonnement et il ne faut pas non plus leur donner une importance égale aux autres objectifs.

Pour ce qui est de l'emprisonnement avec sursis, la question qu'il faut ensuite examiner est celle de savoir dans quelle mesure il est possible de rechercher la réalisation d'objectifs correctifs dans un contexte principalement punitif. Le juge en chef Lamer a reconnu dans *Proulx* que l'incarcération est dans l'ensemble incompatible avec la réinsertion sociale et la justice corrective.[18] Pourquoi devrait-il en aller autrement dans le cas de l'incarcération virtuelle que représente l'emprisonnement avec sursis, en particulier si la période envisagée est plus longue et assortie de conditions plus rigoureuses de façon à viser la dissuasion et la dénonciation? La réponse générale et théorique que l'on pourrait donner à cette question est qu'un délinquant est susceptible de tirer profit des aspects correctifs de la probation tout en purgeant une peine, qui pour les fins de la dissuasion et de la dénonciation, est assortie de mesures restreignant sensiblement sa liberté. Mais est-ce là une hypothèse bien réaliste dans la plupart des cas?

Il n'y a dans l'arrêt *Proulx* que quatre paragraphes qui traitent des objectifs correctifs du sursis à l'emprisonnement.[19] On retrouve relativement peu d'indications dans ces paragraphes et presque rien au sujet des défis que pose le sursis à l'emprisonnement. Le juge en chef Lamer parle des « objectifs correctifs de réinsertion sociale, de réparation des torts causés et de prise de conscience par les délinquants de leurs responsabilités » [20] et il note que dans l'arrêt *Gladue*, la Cour a mentionné que « les objectifs correctifs ne concordent habituellement pas avec le recours à l'emprisonnement ».[21] Étant donné qu'une bonne partie des motifs de l'arrêt *Proulx* visent à indiquer clairement que l'incarcération virtuelle qu'entraîne le sursis à l'emprisonnement devrait normalement être assortie de mesures ayant pour objet de restreindre efficacement la liberté des délinquants, et de créer ainsi une sorte d'emprisonnement au sein de la collectivité du contrevenant, il semblerait raisonnable de s'attendre à ce que le jugement fournisse des directives précises sur la façon dont l'on peut concilier les aspects correctifs et réparateurs de l'emprisonnement avec sursis avec ses aspects punitifs.

On donne quatre exemples. Il est mentionné que la détention à domicile favorise la réinsertion sociale dans la mesure où elle permet au

[17] Voir *Proulx*, précité, note 1, par. 123 et suivants.
[18] *Ibid.*, par. 109.
[19] *Ibid.*, par. 109 à 112; *cf.* par. 18 à 20.
[20] *Ibid.*, par. 109.
[21] *Ibid.*, par. 109, cité dans *Gladue*, précité, note 2, par. 43. Ce même passage de l'arrêt *Gladue* est cité dans *Proulx* au par. 19.

contrevenant de poursuivre ses activités professionnelles ou ses études dans la collectivité. Il serait peut-être préférable de parler de conditions préalables à l'adoption de mesures à caractère plus nettement correctif parce que cette mesure permet l'exécution de ces autres activités, mais n'en est pas à l'*origine*. Les trois autres formes de mesures correctives données à titre d'exemple sont la restitution, le service communautaire et le traitement. Pour ce qui est de la première, même lorsque le juge est convaincu que le délinquant a les moyens d'indemniser la victime, une ordonnance de restitution qui va au delà d'une stricte indemnisation semble plutôt avoir un effet punitif que correctif. Tout dépend bien sûr des conditions dont est assortie l'ordonnance. Pour ce qui est des ordonnances de service communautaire et de traitement obligatoire, il faut noter que, selon le *Code*, le juge peut rendre une ordonnance de traitement obligatoire, sans le consentement de l'accusé, pour que ce dernier suive un programme approuvé par la province. Pour ce qui est du service communautaire, le juge en chef Lamer affirme qu'il y a lieu de favoriser ce type d'ordonnances, « dans la mesure où il existe des programmes appropriés pour le délinquant dans la collectivité concernée » .[22] L'efficacité des ordonnances de traitement et des ordonnances de service communautaire va donc dépendre, à long terme, de l'existence de programmes appropriés.

Il est évidemment tout à fait possible de combiner les aspects punitifs et correctifs dans les conditions dont est assorti l'emprisonnement avec sursis. Par exemple, la détention à domicile, le couvre-feu ou la surveillance électronique sont toutes des mesures punitives qui restreignent la liberté des contrevenants et qui se combinent facilement à un traitement, aux études, à un service communautaire et à d'autres activités. Il est difficile de déterminer quelles sont les conditions appropriées dans un cas donné, mais il n'existe aucune raison de penser que les conditions de nature punitive et corrective ne peuvent coexister dans une peine d'emprisonnement avec sursis.

Il semble parfois parallèlement que le fait de combiner des aspects punitifs et correctifs dans l'emprisonnement avec sursis ne peut que réduire l'importance accordée à ce dernier aspect dans le recours à cette mesure. Le délinquant peut lire dans les motifs du juge[23] que l'emprisonnement avec sursis doit comprendre des conditions punitives, comme la détention à domicile, de façon à viser la dénonciation et la dissuasion. Il va être informé du fait que sa privation de liberté est une condition obligatoire de sa peine et qu'elle fera l'objet d'une étroite surveillance. En outre, il apprendra que, s'il est incapable de fournir une excuse raisonnable, le manquement à une condition, notamment à une condamnation obligatoire, de la peine va probablement entraîner son incarcération pour le reste de celle-ci. Le délinquant sera ensuite informé du fait qu'à cette mesure punitive viennent s'ajouter des conditions facultatives qui lui permettront de recevoir un traitement, une formation ou de se réinsérer dans la collectivité. On lui rappellera toutefois que tout manquement à ces conditions est susceptible d'entraîner son incarcération immédiate.[24]

Aucun de ces éléments ne vise à porter atteinte aux aspects correctifs de l'emprisonnement avec sursis, mais il paraît assez évident que cette peine privilégie clairement les aspects punitifs. Le message qui est transmis au délinquant est qu'il se voit accorder une possibilité limitée de réaliser des objectifs correctifs et de réinsertion

[22]Voir *Proulx*, *ibid.*, par. 112.

[23]Les motifs sont obligatoires, voir l'article 726.2 du *Code criminel*.

[24]Le juge en chef Lamer mentionne à plusieurs reprises la nécessité de veiller à ce que le risque d'incarcération en cas de manquement soit bien réel : voir, p. ex. *Proulx*, précité, note 1, par. 21, 39 et 44.

sociale pendant qu'il purge sa peine. Ainsi, après *Proulx*, il est clair que l'emprisonnement avec sursis peut entraîner une diminution du nombre des incarcérations, mais non pas de celui des mesures punitives et qu'en outre le sursis à l'emprisonnement autorise la coexistence de la justice corrective avec la punition, mais ne permet pas à la première de l'emporter sur la seconde.[25]

III

Le deuxième élément de la présente étude est que l'arrêt *Proulx* a fait de l'emprisonnement avec sursis une peine d'emprisonnement sous deux aspects : en l'absence de motifs contraires convaincants, l'emprisonnement avec sursis doit comprendre des modalités restreignant de façon importante la liberté, il peut avoir une durée plus longue que la peine d'emprisonnement qui aurait été autrement prononcée et la « menace » d'emprisonnement en cas de manquement doit être réelle. Selon l'interprétation de la Cour suprême, les objectifs visant la justice corrective sont secondaires dans la plupart des cas parce qu'ils sont de nature facultative alors que la punition est obligatoire. Dans ce contexte, quels sont les autres obstacles qui peuvent s'opposer à la réalisation des objectifs correctifs?

Quatre obstacles viennent immédiatement à l'esprit et leur effet cumulatif l'emporte de loin sur leur importance individuelle. Tout d'abord, il semble que l'arrêt *Proulx* renforce la position des procureurs qui voudraient s'opposer à l'octroi d'un emprisonnement avec sursis ou qui demandent que cet emprisonnement avec sursis soit assorti de conditions nettement punitives. L'arrêt *Proulx* n'encourage nullement les procureurs à rechercher la réalisation d'objectifs correctifs par le biais du sursis à l'emprisonnement. Cela paraît particulièrement évident en Ontario où les procureurs ont reçu comme directive de s'opposer à l'emprisonnement avec sursis pour un certain nombre d'infractions et, semble-t-il, de ne pas donner leur accord à des propositions conjointes prévoyant le sursis à l'emprisonnement.[26] Là encore, on pourrait s'attendre à ce que la Couronne présente des observations qui soulignent l'importance des objectifs punitifs lorsqu'un emprisonnement avec sursis est envisagé. À tout le moins, il est peu probable que les procureurs de la Couronne se transforment en partisans enthousiastes des objectifs correctifs susceptibles d'être recherchés avec le sursis à l'emprisonnement.

Deuxièmement, la réalisation des objectifs correctifs exige qu'on y consacre des ressources, notamment pour la mise sur pied de programmes efficaces ainsi que pour l'exécution des éléments punitifs comme la détention à domicile, le couvre-feu et la surveillance électronique. Faute de crédits provinciaux suffisants, les programmes axés sur les objectifs correctifs ne vont pas disparaître; ils ne vont pas se développer ou du moins, pas à un rythme satisfaisant. C'est ce qui se produit déjà dans certaines provinces; les juges ont décrété un moratoire officieux sur le sursis à l'emprisonnement pour la raison qu'on lui consacre des ressources insuffisantes, en particulier pour la surveillance.[27] Peu importe qu'un

[25]On trouve au par. 35 du jugement une citation ambiguë de *R.* c. *McDonald* (1997), 113 C.C.C. (3d) 418 (C.A. Sask.) à la p. 443 dans laquelle le juge Vancise est cité avec approbation lorsqu'il dit que l'emprisonnement avec sursis « peut permettre à l'accusé d'éviter l'emprisonnement mais non la punition » .

[26]Voir la note de service intitulée *The Use of Conditional Sentences* PM [2000] n° 6, 24 avril 2000 émanant de la Direction du droit pénal du ministère du Procureur général de l'Ontario.

[27]Au Québec, cette situation a suscité de vives critiques de la part de la Cour du Québec. Voir *R.* c. *Fréchette* (Hull, 5 avril 2000, n° 550-073-000022-997); *R.* c. *Coley, Forand, L'Heureux & L'Heureux* (Iberville, 14 avril 2000, n^os^ 755-73-000017-968, 755-73-000018-966, 755-73-000019-964, 755-73-000020-962); *R.* c. *Ménard* (Montréal, 17 avril 2000, n° 500-01-066897-981). Merci à M^e^ François Lacasse d'avoir fourni des copies de ces jugements.

juge assortisse un sursis à l'emprisonnement de conditions novatrices puisqu'en l'absence de crédits, ses efforts ne pourront qu'échouer. En outre, après *Proulx*, il est tout à fait plausible que, si l'on décide de consacrer des ressources supplémentaires à l'emprisonnement avec sursis, on accorde la première priorité à la surveillance des aspects punitifs de ces mesures et non pas à leurs aspects correctifs. Enfin, il existe dans l'alinéa 742.3(2)*e*) une ambiguïté qui touche directement la question de l'appui administratif et financier dont a besoin l'emprisonnement avec sursis. Cette disposition parle de programmes de traitement « approuvés par la province » . On retrouve cette expression dans les dispositions concernant la déjudiciarisation et la probation[28] et elle joue donc un rôle assez important pour ce qui est des objectifs correctifs. Il est évident qu'en l'absence de programmes, il est impossible de rendre une ordonnance aux termes de l'alinéa 742.3(2)*e*), mais on peut également soutenir que le résultat sera le même si la province n'a approuvé aucun programme. Pour le moment, personne ne sait ce que veut dire exactement cette expression, mais nous allons rapidement le savoir quand les procureurs de la Couronne vont commencer à exiger que le gouvernement mette sur pied un mécanisme officiel d'approbation avant que l'on puisse dire que la province a approuvé un programme. Si cet argument devait être retenu, cela aurait de graves répercussions sur les ordonnances de traitement rendues dans le cadre d'un sursis à l'emprisonnement.

Troisièmement, il y a la question de la retenue. Si la façon dont nous avons décrit l'interprétation de l'emprisonnement avec sursis ici est bien la bonne, il en découle que les objectifs correctifs jouent désormais clairement un rôle secondaire. La Cour suprême a beaucoup parlé de la retenue dont doivent faire preuve les cours d'appel, mais pour le moment, il faudrait peut-être parler davantage de retenue vis-à-vis de l'interprétation donnée dans l'arrêt *Proulx*. Si les juges appliquent correctement l'arrêt *Proulx* et si les juges d'appel font également preuve de déférence envers l'arrêt *Proulx* et les tribunaux de première instance, il paraît tout à fait évident que les aspects correctifs de l'emprisonnement avec sursis ne risquent guère de se développer. Pour que cela ne se produise pas, il faudrait que les juges de première instance et les juges d'appel s'opposent ouvertement à l'importance qu'a accordée la Cour suprême aux aspects punitifs du sursis à l'emprisonnement. Si cela se produisait avec une certaine fréquence, cela voudrait dire non seulement que la notion de retenue examinée dans *C.A.M.*, *Proulx* et d'autres arrêts ne veut plus rien dire. Cela annoncerait également une autre période d'incertitude pour ce qui est de l'emprisonnement avec sursis et des disparités entre les peines imposées, en général.

Quatrièmement, à plus long terme, si le nombre des manquements est important ou si le mécanisme mis sur pied pour examiner les manquements apparents n'était pas efficace, l'intérêt manifesté pour le sursis à l'emprisonnement de la part des juges risquerait de s'évanouir rapidement et partant, les derniers aspects de la justice corrective en tant qu'objectif de l'emprisonnement avec sursis.

Bref, si la première conclusion de l'étude est erronée (c'est-à-dire que l'emprisonnement avec sursis tel qu'interprété par la Cour suprême est une sanction à caractère principalement punitif), ou si l'affirmation suivante l'est aussi (que les aspects correctifs du sursis à l'emprisonnement ont perdu de leur importance), la dernière affirmation est certainement exacte. Il existe des obstacles concrets et pratiques à la réalisation des objectifs correctifs en matière de sursis à l'emprisonnement.

[28] Voir les art. 717 et 732.1 du *Code criminel*.

IV

Pour terminer, il est bon de revenir au passage de l'arrêt *Gladue* qui est cité avec approbation dans *Proulx*.[29] La Cour a reconnu que deux des principaux objectifs du Parlement pour ce qui est de la réforme de la partie XXIII étaient de réduire le recours à l'emprisonnement et de renforcer l'importance de la justice corrective dans la détermination de la peine. Il a également été signalé expressément que ces deux principes sont à la base du régime de l'emprisonnement avec sursis. L'arrêt *Proulx* a pour effet de reconnaître ces deux aspects, voire même de les appuyer. Pour ce qui est du premier, s'il est vrai que le sursis à l'emprisonnement ne peut que diminuer le nombre des délinquants emprisonnés, la Cour a insisté sur l'importance essentielle que revêt l'incarcération virtuelle parmi les conditions dont doit être assorti cette mesure. Pour ce qui est du second, les objectifs correctifs sont apparemment secondaires et de toute façon leur réalisation semble fort devoir être gênée par des obstacles concrets pendant un certain temps. C'est pour ces raisons que le sursis à l'emprisonnement, tant sur le plan théorique que pratique, va être entouré d'une incertitude considérable pendant un bon moment.

[29]Voir *Proulx*, précité, note 1, par. 15.

L'EMPRISONNEMENT AVEC SURSIS : L'APPROCHE CANADIENNE À LA RÉFORME PÉNOLOGIQUE OU UN AUTRE SAUT DANS L'INCONNU

Allan Manson

Faculté de droit, Université Queen's

1. INTRODUCTION

Le nouveau régime d'emprisonnement avec sursis est en place depuis quatre ans et 50 000 délinquants ont fait l'objet d'un sursis à l'emprisonnement. Pour apprécier toute la portée de l'effet de cette innovation, il faut ajouter y le nombre des affaires où l'emprisonnement avec sursis a été envisagé sans être toutefois retenu. Au cours de cette période, les acteurs du système de justice pénale ont dû tenter de résoudre l'énigme que semble poser l'art. 742.1 du *Code criminel*, à savoir : dans quels cas une peine d'emprisonnement nécessaire n'est-elle pas nécessaire? Bien sûr, c'est une simplification. Le véritable dilemme qui s'est posé ces dernières années a consisté à interpréter les conditions légales de façon à favoriser la réalisation des objectifs suivants :

- le respect des principes énoncés par la loi;
- l'intégration dans un régime pénologique existant qui comprend à la fois des peines privatives de liberté et d'autres peines;
- la réduction du recours à l'incarcération.

Une autre préoccupation est venue s'ajouter à cette tâche, à savoir poursuivre ces buts sans saper, ou saper davantage, la confiance de la population dans la fonction punitive du système de justice pénale à une époque où la défense de « la loi et l'ordre » continue à émouvoir l'opinion publique.

Au début de l'année 2000, la Cour suprême du Canada a prononcé six jugements[1] qui répondent à plusieurs questions juridiques que soulevaient certaines décisions de première instance et d'appel rendues depuis l'adoption de l'emprisonnement avec sursis. Le principal jugement a été la décision unanime prononcée dans *R.* c. *Proulx*[2], une affaire de conduite dangereuse ayant causé la mort et des lésions corporelles. Les cinq autres affaires fournissent des indications intéressantes sur la façon dont il y a lieu d'appliquer les principes énoncés dans l'arrêt *Proulx*. Quelques mois plus tard, les cours d'appel ont déjà commencé à appliquer et à interpréter cette série de décisions de la Cour suprême. Parallèlement, les données empiriques concernant l'emprisonnement avec sursis semblent démontrer que, malgré la popularité de cette mesure, elle n'a pas encore entraîné une réduction sensible de l'incarcération. Pour comprendre ces données, il faudrait procéder à une analyse détaillée, obtenir des données supplémentaires portant sur d'autres aspects et posséder une expertise dans cette discipline que je ne possède pas.

[1] *R.* c. *Proulx* (2000), 30 C.R. (5th) 1 (C.S.C.); *R.* c. *Bunn* (2000), 30 C.R.(5th) 86 (C.S.C.); *R.* c. *L.W.F.* (2000), 30 C.R. (5th) 73 (C.S.C.); *R.* c. *R.A.R.* (2000), 30 C.R.(5th) 49 (C.S.C.); *R.* c. *R.N.S.*(2000), 30 C.R.(5th) 63 et *R.* c. *Wells* (2000), 30 C.R.(5th) 254 (C.S.C.) qui a été entendu peu après le groupe des cinq premières affaires, mais par sept juges seulement. Le jugement a été rédigé par le juge Iacobucci et publié quelques semaines après les autres.

[2] *Proulx*, précité, note 1.

Les doutes que semblent susciter les données empiriques obtenues au sujet de l'efficacité de cette mesure indiquent toutefois que le moment est venu de prendre du recul et de se poser trois questions au sujet du sursis à l'emprisonnement :

1) Quelles sont les règles qui s'appliquent actuellement à l'emprisonnement avec sursis?
2) Quels sont les choix pénologiques qui sont à la base de ces règles?
3) Le régime des peines devrait-il être réformé de cette façon?

Pour répondre à ces questions, il faut examiner en détail l'arrêt *Proulx*. Il est également important de prendre du recul et d'examiner ce qui s'est produit exactement depuis une dizaine d'années.[3] Si l'on replace l'arrêt *Proulx* dans une perspective plus large, on a inévitablement l'impression que cet arrêt n'a pas été rendu au bon moment. La raison vient, d'après moi, de ce qui s'est produit : la Cour suprême a créé une nouvelle peine intermédiaire. De nombreux spécialistes étaient favorables à la création d'une telle peine[4], mais je pense que tout le monde a été surpris de voir cette tâche réalisée par la Cour suprême.

Il est trop tôt pour pouvoir juger si depuis l'arrêt *Proulx*, l'emprisonnement avec sursis est une bonne ou une mauvaise mesure. Avant de nous prononcer sur son efficacité et sur sa légitimité, il faut tout d'abord en examiner l'application et les effets. Certains souhaiteraient sans doute se demander si, compte tenu de la structure de cette institution au sein de notre système judiciaire, la Cour suprême était bien l'instance à qui confier l'analyse qu'exigeait cette série d'affaires portant sur l'emprisonnement avec sursis, mais il est évident que la Cour ne pouvait renoncer à jouer son rôle ni se dérober à ses responsabilités. On pourrait par contre se demander s'il était raisonnable de lui confier ces responsabilités, mais c'est là un autre débat.

2. L'APPROCHE PRAGMATIQUE DE LA COUR SUPRÊME

Dès le début de l'arrêt *Proulx*, le juge en chef Lamer indique quel est d'après lui le but recherché avec l'emprisonnement avec sursis :

> En édictant l'art. 742.1, le Parlement a clairement prescrit que certains délinquants, qui auparavant auraient été emprisonnés, purgeront désormais leurs peines au sein de la collectivité. En effet, l'art. 742.1 rend admissible à l'octroi du sursis à l'emprisonnement une sous-catégorie de délinquants non dangereux qui, avant l'entrée en vigueur du nouveau régime, auraient été incarcérés pendant moins de deux ans à la suite de la perpétration d'une infraction pour laquelle aucune peine minimale d'emprisonnement n'était prévue.[5]

Cette formulation résumée du rôle de l'emprisonnement avec sursis découle principalement des commentaires des juges Cory et Iacobucci dans l'arrêt *Gladue*[6] dans lequel la Cour suprême a

[3] On trouvera un historique du projet sur l'emprisonnement avec sursis dans A. Manson, « Conditional Sentences: Courts of Appeal Debate the Principles » (1998), 15 C.R. (5th) 176, p. 182 à 185. On trouvera un historique détaillé de la réforme du régime des peines canadien depuis le rapport Ouimet de 1969, dans A. Manson, « The Reform of Sentencing in Canada » in D. Stuart, R. Delisle & A. Manson, éd., *Towards a Clear and Just Criminal Law: A Criminal Reports Forum* (Toronto: Carswell, 1999) p. 461 à 467.

[4] Voir le ** *Canadian Bar Association Submission on Directions for Reform* (Ottawa: Canadian Bar Association, 1991), p. 35 et 40 à 48.

[5] *Proulx* précité, note 1, par. 12.

[6] *R. c. Gladue*,[1999] 1 R.C.S. 688.

examiné, d'une façon générale, le but et l'effet des modifications apportées au régime des peines. Ils ont déclaré que le principal objectif était de réduire le recours à l'incarcération. Après l'arrêt *Gladue*, il était certain que la Cour suprême appliquerait la même qualification générale aux divers éléments de ces changements, en particulier l'emprisonnement avec sursis, qui devait montrer que le recours trop fréquent à l'incarcération était une question préoccupante. Il était toutefois difficile de savoir exactement quel était le rôle que devait jouer dans ce contexte l'emprisonnement avec sursis.

Cette question a, pour l'essentiel, reçu une réponse de la part du juge en chef Lamer lorsque celui-ci précise la perspective dans laquelle il entend procéder à l'analyse ultérieure et dont il va se servir pour résoudre chacune des questions secondaires sur lesquelles la Cour doit se prononcer :

> À mon avis, pour être en mesure d'examiner efficacement les questions complexes d'interprétation que soulève le présent pourvoi, il est important de situer ce nouveau type de peine dans le contexte plus large de la réforme globale apportée en la matière par le projet de loi C-41. Je vais également examiner la nature de la condamnation à l'emprisonnement avec sursis, en comparant cette sanction à la probation ainsi qu'à l'incarcération.[7]

Qualifier le projet de loi C-41 de « réforme globale » est peut-être une exagération[8], mais la position adoptée par la Cour suprême est claire. Elle entend réformer le régime des peines et créer une peine intermédiaire. Cette position rappelle celle que l'on retrouve dans les premières pages de l'ouvrage de Morris et Tonry intitulé *Between Prison and Probation*[9] qui a suscité beaucoup d'intérêt pour les peines intermédiaires.[10] La volonté de créer une nouvelle peine intermédiaire s'explique-t-elle par le rôle qu'a joué l'ancien juge en chef au sein de la Commission de réforme du droit du Canada qui s'est penché longuement sur le régime des peines au cours des années 1970 ou simplement par le contexte légal quelque peu énigmatique que le projet de loi C-41 a imposé aux juges. Il est difficile de le savoir, mais il demeure que c'est de cette façon que la Cour suprême a compris sa tâche. À partir de là, la Cour suprême était obligée de veiller à ce que cette peine soit à la fois non privative de liberté et, d'une certaine façon, plus rigoureuse que le régime de probation antérieur. L'emprisonnement avec sursis est purgé dans la collectivité, mais doit être plus punitif que la probation. Cette peine serait en effet autrement « superfétatoire » .[11] C'est l'approche pragmatique adoptée dans *Proulx*, mais son application est une opération subtile et délicate, que l'on peut comparer à la recherche d'une peine intermédiaire dans la botte de foin du *Code criminel*. Au début de la décision, la Cour suprême indique qu'elle va utiliser la même base théorique que celle qu'elle a adoptée dans l'arrêt *Gladue*, à savoir la nécessité d'adopter les principes de la justice corrective tout en veillant à ce que la nouvelle peine reflète également, de

[7] *Proulx*, précité, note 1, par. 13.

[8] Voir l'analyse de A. Manson, « The Reform of Sentencing in Canada » , précité, note 3.

[9] N. Morris et M. Tonry, *Between Prison and Probation: Intermediate Punishments in a Rational Sentencing System* (New York: Oxford University Press, 1990).

[10] Tonry a continué à appuyer les peines intermédiaires même s'il n'est pas convaincu qu'elles aient donné des résultats aussi satisfaisants qu'on l'espérait au départ : voir M. Tonry, *Sentencing Matters* (New York: Oxford University Press, 1996) p. 100 à 133.

[11] *Proulx*, précité, note 1, par. 28.

façon très perceptible, les aspects rétributifs de la peine.[12]

3. Les règles actuelles telles qu'interprétées par la Cour suprême

De nombreuses questions avaient été débattues devant les cours d'appel lorsque la Cour suprême a été saisie de cette sanction et il était évident qu'il y avait lieu de résoudre un certain nombre de controverses portant sur des points précis. La façon de les résoudre était toutefois une autre question. Pour ce qui est de ces différentes questions, il semble que les facteurs déterminants aient été la nécessité de distinguer l'emprisonnement avec sursis de la probation et la réaffirmation de l'importance de l'individualisation de la peine et du principe de retenue, en tant qu'éléments méthodologiques fondamentaux du régime des peines.

a) La portée de l'emprisonnement avec sursis

La Cour suprême a confirmé qu'en théorie au moins, l'emprisonnement avec sursis peut être prononcé quelle que soit l'infraction commise, pourvu qu'aucune peine minimale d'emprisonnement ne soit prévue pour celle-ci, comme l'exige l'art. 742.1. C'est là un point important. Cela veut dire qu'aucune infraction n'est, par sa nature, d'une gravité telle qu'elle interdit toute considération du sursis à l'emprisonnement, quelles que soient les circonstances entourant l'infraction et la personnalité du délinquant. Bien sûr, il existe des infractions dont un des éléments essentiels rend peu probable l'octroi d'un emprisonnement avec sursis. On retrouve dans les motifs de l'arrêt *Proulx* un certain nombre d'infractions qui sont citées à titre d'exemples de cas où l'emprisonnement avec sursis ne doit pas être envisagé : les infractions d'ordre sexuel commises contre les enfants, les agressions sexuelles graves, l'homicide volontaire coupable, les fraudes ou vols graves, les attentats aux moeurs, la conduite dangereuse ou avec facultés affaiblies ayant causé la mort ou des lésions corporelles et le trafic ou la possession de certains stupéfiants. La réponse a été très claire : l'emprisonnement avec sursis peut être ordonné en principe pour toutes les infractions pour lesquelles les conditions prévues par la loi sont remplies.[13] Les juges sont en mesure de reconnaître les cas où l'infraction commise est moins grave et ou la présence de facteurs individuels influence ou modifie complètement la façon dont il y a lieu d'apprécier l'infraction.

L'homicide involontaire coupable en est un bon exemple. Il est peut-être peu probable, voire même rare, qu'un tribunal impose une peine non privative de liberté dans un tel cas, mais on ne peut exclure au départ cette possibilité. Il y a eu des affaires où les relations entre les parties, le contexte du meurtre et les efforts de réhabilitation déployés après la perpétration de l'infraction donnent naissance à une certaine sympathie qui supprime la nécessité, habituelle dans ce cas, d'imposer une peine rétributive. Dans une affaire antérieure au régime de l'emprisonnement avec sursis, un tribunal a imposé une condamnation avec sursis à un jeune homme reconnu coupable d'homicide involontaire coupable sur la personne de son père.[14] Le juge Moldaver a qualifié d' « horrible domination » l'environnement brutal dans lequel le père avait pratiquement emprisonné son fils et il a utilisé des qualificatifs comme « cruel, insensible, inhumain et impensable » pour le décrire. Dans un exemple plus récent, l'affaire *Getkate*[15], une

[12] Le juge en chef Lamer énonce clairement : » Il semblerait que le législateur entendait que le sursis à l'emprisonnement vise à la fois des objectifs punitifs et des objectifs de réinsertion sociale » ; *Ibid.*, par. 23.

[13] *Ibid.*, par. 79

[14] *R.* c. *Millar* (1994), 31 C.R. (4th) 315 (Div. gén. Ont.).

[15] *R.* c. *Getkate*, [1998] O.J. n° 6329 (Div. gén. Ont.).

femme avait été déclarée coupable d'homicide involontaire coupable après avoir été inculpée de meurtre au premier degré de son mari. Le jury n'a pas retenu la légitime défense, mais le juge a tenu compte des témoignages psychiatriques rendus et conclu que cette femme souffrait de dépression et d'un syndrome chronique de stress post-traumatique au moment de l'infraction à cause des mauvais traitements que lui avait infligés son mari. Après avoir été informé des efforts qu'elle avait déployés pour refaire sa vie avec ses enfants dans une autre localité, le juge a prononcé un emprisonnement de deux ans moins un jour avec sursis. La même peine a été imposée et confirmée en appel dans l'affaire *Turcotte*[16] dans laquelle l'accusé avait tué sa mère après avoir passé avec elle la journée à consommer des boissons alcooliques. Dans cette affaire, ce sont les changements positifs exceptionnels survenus dans la vie du délinquant après l'infraction qui expliquent essentiellement le choix de l'emprisonnement avec sursis.[17] Cet examen rapide n'a pas pour but de démontrer que l'homicide involontaire coupable doit déboucher sur une peine non privative de liberté, mais uniquement de montrer qu'il y a parfois des cas où l'analyse des circonstances de l'affaire indique qu'un emprisonnement avec sursis est la mesure appropriée.

b) La décision initiale du juge

L'article 742.1*a*) exige que le tribunal ait « condamné [l'accusé] à un emprisonnement de moins de deux ans » . Dans cette expression et l'utilisation du mot « *imposes* » (dans la version anglaise) au présent a suscité une controverse au sujet du rôle de l'emprisonnement avec sursis et de la méthode à suivre pour prononcer cette mesure. Cependant, la Cour suprême a précisé ces questions dans l'arrêt *Proulx*. Au delà des termes de cette disposition, il est clair que l'art. 742.1 vise non pas une peine particulière, mais le contexte dans lequel elle est prononcée. Il faut que le juge ait envisagé et écarté une peine non privative de liberté et une peine d'incarcération de deux ans ou plus. Autrement dit, pour qu'il puisse envisager légitimement l'emprisonnement avec sursis, le juge ne doit pas estimer que la peine appropriée est une peine non privative de liberté, comme l'amende ou la probation, non plus qu'une peine d'emprisonnement dans un pénitencier. Pour paraphraser Morris et Tonry, cette peine se situe « entre le pénitencier et la probation » . Il faut que le juge ait rejeté les propositions recommandant la peine la plus faible et la plus sévère ce qui l'amène à envisager uniquement dans ce contexte une peine d'incarcération de moins de deux ans. À cette étape, le juge ne prononce pas la peine, mais détermine uniquement que le contexte déclenche l'application de l'art. 742.1. Le juge en chef Lamer définit la décision initiale comme consistant uniquement à exclure la mesure la plus légère et la mesure la plus grave, mais il me semble qu'il serait toutefois prudent que le juge envisage, au moins de façon approximative, la durée appropriée d'une peine d'emprisonnement. Il disposera ainsi d'une base pour préserver le caractère proportionnel de la peine, aspect qui, je vais en parler plus loin, soulève une question grave.

c) La deuxième étape de la décision

Le juge doit ici trancher un certain nombre de questions :

i. Le fait de purger la peine dans la collectivité va-t-il mettre en danger la sécurité de celle-ci?

[16] *R.* c. *Turcotte* (2000), 144 C.C.C. (3d) 139 (C.A. Ont.).

[17] Compte tenu de la brutalité du meurtre, cette affaire a suscité une certaine controverse et montre peut-être mieux l'attitude de retenue manifestée par les cours d'appel plutôt que la jurisprudence en matière d'emprisonnement avec sursis. Au cours du symposium, David Paciocco a soutenu que cette retenue aurait pu également entraîner le résultat inverse, c'est-à-dire qu'elle aurait écarté l'intervention de la Cour d'appel si une peine d'emprisonnement de cinq ans environ avait été prononcée.

ii. Le fait de purger la peine dans la collectivité est-il compatible avec les objectifs et les principes de détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2?
iii. Si l'exécution de la peine dans la collectivité est justifiée, quelle devrait en être la durée et de quelles conditions devrait-elle être assortie?

i. Le danger pour la sécurité de la collectivité

L'arrêt *Proulx* invite les juges à tenir compte uniquement du risque de récidive pouvant découler du fait que la peine va être purgée dans la collectivité. Par conséquent, la crainte qu'un sursis à l'emprisonnement risque de compromettre l'objectif de dissuasion ou de dénonciation de la peine n'est pas une raison qui permet de considérer qu'une telle peine met en danger la sécurité de la collectivité. Ce risque ne se limite pas toutefois aux infractions contre la personne susceptibles de causer un préjudice physique ou psychologique, mais comprend également le risque de préjudice pécuniaire qui pourrait découler de la perte de biens ou de ressources financières. L'évaluation du risque doit porter aussi bien sur le risque de récidive que sur la gravité du préjudice qui pourrait en découler. Le juge en chef Lamer utilise ici des termes très forts :

> Si le tribunal conclut que le risque de récidive est réel, le délinquant doit être incarcéré. Il est évident qu'il y a toujours un certain risque que le délinquant récidive. Si le tribunal estime que ce risque est minime, la gravité du préjudice susceptible de découler d'une récidive doit également être prise en considération. Dans certains cas, quoique le risque de récidive soit minime, la possibilité d'un préjudice considérable aura pour effet de faire obstacle au prononcé de l'emprisonnement avec sursis.[18]

Le tribunal doit accepter le fait que le délinquant puisse récidiver. En outre, certains éléments peuvent entraîner l'imposition de conditions particulières qui peuvent encore réduire le risque de récidive au point où l'exécution de la peine dans la collectivité est justifiée.[19]

Le juge en chef Lamer formule deux observations très intéressantes lorsqu'il examine les conditions relatives au danger que peut courir la collectivité. Il mentionne tout d'abord le cas d'un toxicomane susceptible de bénéficier du sursis à l'emprisonnement parce que les conditions dont celui-ci peut être assorti peuvent favoriser la réalisation d'objectifs correctifs. Deuxièmement, il affirme que « le tribunal doit être au fait des mesures de surveillance existantes au sein de la collectivité ou en être informé... » .[20] Dans le cas où le degré de surveillance exercé « n'est pas suffisant pour assurer la sécurité [de la collectivité] » , le délinquant doit être incarcéré.[21] Il est incontestable qu'il est important que les juges connaissent bien les ressources qu'offrent actuellement leurs collectivités. Nous savons tous qu'il ne suffit pas d'introduire dans le Code une nouvelle option pour garantir que les autorités responsables, habituellement les organismes provinciaux et territoriaux, vont fournir les ressources et l'infrastructure nécessaires à la mise en œuvre efficace et équitable de cette mesure.[22] La réponse au problème de ressources

[18] *Proulx*, précité, note 1, par. 69.
[19] *Ibid.*, par. 72, basé sur les termes de l'al. 742.3*f)* et sur la décision *R.* c. *Wismayer* (1997), 115 C.C.C. (3d) 18 (C.A. Ont.), p. 32.
[20] *Ibid.*, par. 73.
[21] *Ibid.*
[22] Il y a lieu de signaler les différences observées pour ce qui est des absolutions avec cure de désintoxication aux termes du par. 255(5) et des programmes de substitution à l'amende prévue par le par. 736(1).

ne saurait être l'incarcération. Compte tenu du fait que le législateur a voulu ainsi faire connaître son intention de réduire le recours à l'incarcération, les juges devraient déclarer publiquement qu'ils ordonnent l'incarcération du délinquant faute de ressources appropriées en matière de surveillance.

ii. Conformité avec les principes énoncés aux art. 718 à 718.2

Il est possible de dégager un certain nombre de remarques importantes de l'arrêt *Proulx*. Tout d'abord, le principe de la mesure qui sous-tend les al. 718*c*) et 718.2*d*) et *e*) s'applique au choix à effectuer entre l'emprisonnement avec sursis et une peine privative de liberté.[23] Il n'existe pas de présomption prévoyant le sursis à l'emprisonnement pour certaines infractions,[24] mais lorsque le délinquant ne représente pas un danger pour la sécurité de la collectivité, le principe de la mesure semble favoriser l'emprisonnement avec sursis. Cela me semble clair. Il suffit de noter comment le juge en chef Lamer décrit la nature de l'emprisonnement avec sursis par rapport aux objectifs de la peine et des modifications de 1996 :

> Deux des principaux objectifs de la réforme de la partie XXIII étaient de réduire le recours à l'incarcération comme sanction et d'accorder une plus grande importance aux principes de justice corrective dans la détermination de la peine – à savoir la réinsertion sociale du délinquant, la réparation des torts causés aux victimes et à la collectivité et la prise de conscience par le délinquant de ses responsabilités.
>
> L'emprisonnement avec sursis facilite la réalisation des deux objectifs du législateur. Il donne au tribunal la possibilité de façonner une peine assortie de conditions appropriées qui pourra mener – d'une manière que ne permettait pas l'incarcération – à la réinsertion sociale du délinquant, à la réparation des torts causés à la collectivité et à la prise de conscience par le délinquant de ses responsabilités. Toutefois, il s'agit également d'une sanction punitive. De fait, c'est son aspect punitif qui distingue l'emprisonnement avec sursis de la probation.[25]

Lorsque le juge applique le principe de la proportionnalité de la peine et de la mesure à un cas donné, en tenant compte de la gravité de l'infraction commise par le délinquant visé, il cherche en fait à déterminer quel est l'objectif de la peine qu'il convient de privilégier. Parmi les objectifs énoncés à l'art. 718, certains visent l'amendement du délinquant et d'autres ont un caractère rétributif ou afflictif. Les objectifs visant l'amendement sont la réinsertion sociale et la réparation. Ils englobent des buts que l'on qualifie habituellement de correctifs. Les objectifs rétributifs ou affectifs sont la dénonciation, la dissuasion et la neutralisation. La dualité fondamentale de l'emprisonnement avec sursis a tendance à favoriser cette mesure pour deux raisons : 1) il doit s'agir d'un cas où la récidive n'entraînerait aucun préjudice et 2) l'emprisonnement avec sursis permet la réalisation d'un objectif afflictif. La conclusion qui semble s'imposer est qu'il n'y a lieu de choisir l'emprisonnement que lorsque la gravité de l'infraction fait ressortir la nécessité de rechercher un objectif afflictif qui exclut toute préoccupation visant la réinsertion sociale ou la réparation ou qui n'est pas compatible avec l'emprisonnement avec sursis, même assorti de conditions très strictes. Cependant, la seule présence de circon-

[23] *Proulx*, précité, note 1, par. 95.
[24] *Ibid.*, par. 85.
[25] *Ibid.*, par. 98 et 99.

stances aggravantes concernant soit l'infraction soit le délinquant n'interdit pas, à elle seule, la possibilité de prononcer le sursis à l'emprisonnement[26], même si les circonstances aggravantes pourraient légitimer la recherche d'un objectif afflictif.

iii. La durée de l'emprisonnement avec sursis

C'est une question importante qui touche la proportionnalité des peines et qui peut finalement influer sur l'efficacité de l'emprisonnement avec sursis. Le juge en chef Lamer a clairement indiqué qu'il n'était pas nécessaire qu'il existe une équivalence entre l'emprisonnement avec sursis et la durée de la période d'incarcération qui aurait été autrement imposée. Il ne précise pas toutefois que l'emprisonnement avec sursis doit avoir une durée plus longue que la peine d'emprisonnement correspondante, mais uniquement que cela est possible. Après avoir expliqué pourquoi le choix de la durée et du lieu où la peine sera purgée sont inextricablement liés[27], il déclare :

> Cette démarche n'exige pas qu'il y ait équivalence entre la durée de l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement et la durée de l'emprisonnement qui aurait autrement été infligée. La seule exigence est que, par sa durée et les conditions dont elle est assortie, l'ordonnance de sursis soit une peine juste et appropriée.[28]

Une fois écartée une période d'emprisonnement dans un pénitencier, la décision au sujet de la durée de la mesure ne se pose que lorsqu'il s'agit de choisir entre l'emprisonnement avec sursis et l'incarcération. Il paraît équitable de prononcer un emprisonnement avec sursis comprenant une période de surveillance plus longue que la durée de l'incarcération correspondante. On vise ainsi une équivalence non pas de la durée, mais de l'effet punitif, c'est-à-dire, du degré de dénonciation qu'a l'emprisonnement avec sursis par sa manifestation publique et ses modalités d'exécution.

Le juge en chef Lamer note que « sa [l'emprisonnement avec sursis] durée dépend du genre de conditions dont elle [sic] est assortie » .[29] Il fait suivre à ce commentaire un examen du potentiel de dénonciation qu'a l'emprisonnement avec sursis ainsi que du stigmate qui s'attache à la détention à domicile. Le principal facteur qui influence la durée semble être le degré de dénonciation qu'exige la gravité de l'infraction.[30] Si le sursis à l'emprisonnement ne suffit pas à exprimer la réprobation nécessaire, alors l'incarcération doit être ordonnée. Il n'en va pas de même de la dissuasion générale. Le juge en chef Lamer invite en effet les juges à ne pas accorder trop d'importance à ce facteur pour déterminer si la peine envisagée peut être purgée dans la collectivité. Pour ce qui est de la possibilité de prolonger l'emprisonnement avec sursis au delà de ce qu'aurait été la durée de l'emprisonnement correspondant, le juge en chef Lamer n'indique aucunement qu'il est possible de prolonger cette durée pour la faire correspondre avec la durée d'un programme de traitement envisagé. Il serait contraire aux pratiques en matière de peine de prolonger une restriction apportée par l'État à la liberté des délinquants en vue de les réadapter au delà de ce que justifie l'infraction. Il sépare la durée du sursis à l'emprisonnement de celle de la peine de prison correspondante, mais pas dans tous les cas. Le prolongement de cette durée n'est acceptable que lorsque la gravité

[26] *Ibid.*, par. 115.
[27] *Ibid.*, par. 52.
[28] *Ibid.*, par. 104.
[29] *Ibid.*, par. 52.
[30] *Ibid.*, par. 106.

de l'infraction exige que la mesure reflète un objectif de dénonciation. Là encore, il convient de rappeler que le principe de proportionnalité et de mesure vaut également pour déterminer la durée de l'emprisonnement avec sursis. La prolongation automatique n'est pas une mesure exigée par l'arrêt *Proulx* et elle va à l'encontre des principes de cet arrêt si elle n'est pas réservée aux cas appropriés.

d) Conditions

La Cour suprême encourage la créativité dans la formulation de conditions appropriées.[31] La Cour suprême oppose l'emprisonnement avec sursis à la probation, axée uniquement sur la réinsertion sociale et déclare :

> ... le législateur a voulu que l'emprisonnement avec sursis vise à la fois des objectifs punitifs et des objectifs de réinsertion sociale. Par conséquent, une ordonnance de sursis à l'emprisonnement devrait généralement être assortie de conditions punitives restreignant la liberté du délinquant.[32]

Il est important de noter que le juge en chef Lamer indique que « des conditions punitives comme la détention à domicile devraient être la règle plutôt que l'exception » . Néanmoins, les principaux facteurs sont la nécessité d'imposer des conditions assurant la sécurité de la collectivité en restreignant les possibilités de récidive et la mesure dans laquelle la situation personnelle du délinquant appelle des conditions particulières axées sur la réinsertion sociale, la réparation ou la dénonciation. Les tribunaux doivent faire preuve de retenue dans l'imposition des conditions et devraient éviter de les accumuler sans raison et sans tenir compte de leur efficacité réelle. Il y a lieu de signaler qu'une fois imposées, les conditions peuvent être modifiées.[33]

Au cours de son analyse des conditions, le juge en chef Lamer adopte une observation présentée dans une allocation par le juge Rosenberg dans laquelle il invite les tribunaux à ne pas imposer de conditions « de pure forme qu'il sera impossible de faire respecter efficacement ».[34] Ce commentaire reflète une double préoccupation, à savoir qu'il faut faire preuve de mesure pour s'assurer que les conditions sont nécessaires et applicables et qu'en outre, elles ne doivent pas être imposées s'il n'existe pas de ressources permettant d'en surveiller le respect. Le juge Rosenberg s'inquiète aussi des conditions qui ne pourraient être appliquées « qu'au prix d'une immixtion intolérable dans la vie privée de personnes innocentes... » . Il convient ici de prendre le temps de réfléchir au fardeau que peut représenter pour les autres la détention à domicile. Le juge en chef Lamer affirme que l'emprisonnement avec sursis devrait « géné-

[31] *Ibid.*, par. 117.

[32] *Ibid.*, par. 127

[33] Les conditions peuvent être modifiées à la demande de l'agent de surveillance s'il « estime que l'évolution des circonstances justifie la modification des conditions facultatives » (voir le par. 742.2(1)). L'agent de surveillance notifie par écrit les modifications proposées et les motifs à leur appui au délinquant, au procureur et au tribunal (voir le par. 742.4(1)). Les parties ont sept jours pour demander la tenue d'une audience et le tribunal peut d'office en ordonner la tenue (voir le par. 742.4(2)). En l'absence d'audience, les changements proposés prennent effet dans les 14 jours de la réception par le tribunal de la notification des changements proposés (voir le par. 742.4(4)). Le délinquant et le procureur peuvent également demander la modification des conditions facultatives, mais le tribunal doit alors tenir une audience au cours de laquelle il examine ces propositions (voir le par. 742.4(5)). En cas d'audience, celle-ci doit être tenue dans les 30 jours de la réception par le tribunal de l'avis des changements proposés (voir les par. 742.4(2) et (5)). À l'audience, le tribunal rejette ou approuve les modifications proposées et peut apporter aux conditions facultatives toute autre modification « qu'il estime indiquée » (voir le par. 742.4(3)).

[34] Voir *Proulx*, précité, note 1, par. 117.

ralement » être assorti de conditions punitives restreignant la liberté du délinquant[35], mais la détention à domicile n'est qu'un exemple et ne devrait pas être ordonnée sans tenir compte de l'environnement dans lequel elle va s'exécuter.[36] Il existe d'autres exemples d'obligations imposées de façon injustifiée à des tiers comme les conditions déraisonnables formulées dans l'arrêt *Waldner*[37] d'après lesquelles la famille devaient déménager dans un endroit où aucun enfant ne vivait dans un rayon de dix milles et assumer elle-même tous les frais de thérapie. Ces conditions ont été rapidement supprimées après une période de réflexion.[38]

e) La retenue envers les juges de première instance

Dans l'arrêt *Proulx* encore, la Cour suprême cite à nouveau ses décisions antérieures[39] qui énonçaient le principe voulant que les cours d'appel fassent montre « de beaucoup de retenue »[40] à l'égard des décisions de première instance. Pour l'essentiel, sauf erreur de principe, prise en compte d'un facteur non pertinent, importance trop grande accordée à un facteur pertinent ou peine manifestement inappropriée, les cours d'appel ne doivent pas intervenir. La Cour suprême a appliqué cette norme aux décisions prises en matière d'emprisonnement avec sursis et signale que les questions concernant « les objectifs qu'il convient de poursuivre et... la meilleure façon de les réaliser » peut donner lieu à des opinions différentes, mais le seul fait que la cour d'appel et le juge de première instance n'aient pas la même opinion ne saurait justifier une intervention.[41] Ces commentaires semblent renforcer le rôle que jouent les juges de première instance pour ce qui est de la qualification de la gravité de l'infraction, des objectifs qu'il convient de poursuivre et de l'équilibre à rechercher. Il convient de mentionner ici que le principe de retenue a suscité certaines réactions de la part des cours d'appel qui craignent que son application ne compromette le droit des délinquants d'interjeter appel de façon équitable.[42] Cette tendance risque de devenir plus sensible dans les affaires d'emprisonnement avec sursis, compte tenu de l'ampleur des questions qui semblent avoir été confiées principalement à l'appréciation des juges de première instance. Évidemment, si la trop grande importance accordée à un facteur pertinent autorise l'intervention de la Cour d'appel, par déduction, le fait de n'avoir pas suffisamment accordé d'importance à un facteur pertinent l'autorise également. Cela paraît tout à fait logique.[43] Un tel motif devrait pouvoir fonder l'intervention d'une cour d'appel si celle-ci estime que le juge de première instance a mal apprécié l'importance d'un facteur pertinent

[35] *Ibid.*, par. 127, dans le deuxième point du résumé.

[36] Il y a également la question du confort relatif de la détention à domicile pour déterminer si cette mesure ne sera pas trop légère : voir l'analyse qu'effectue la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *R.* c . *Juteau*, [1999] J.Q. No. 1862 (C.A. Qué.); le juge Fish dissident aurait confirmé l'emprisonnement avec sursis assorti d'une période de détention à domicile de quatre mois.

[37] *R.* c. *Waldner* (1998), 15 C.R.(5th) 159 (C.A. Alb.) par les juges Côté et Picard, juge Berger, dissident.

[38] (1998), 15 C.R. (5th) 174 (C.A. Alb.) par les juges Côté et Picard qui ont supprimé les deux conditions contestées six semaines après les avoir imposées.

[39] *R.* c. *Shropshire* (1995), 43 C.R.(4th) 269 (C.S.C.); *R.* c. *M.(C.A.)* (1996), 46 C.R. (4th) 269 (C.S.C.); *R.* c. *McDonnell* (1997), 6 C.R. (5th) 231 (C.S.C.).

[40] *Proulx*, précité, note 1, par. 123.

[41] *Ibid.*, par. 125.

[42] Voir *R.* c. *Mafi* (2000), 31 C.R. (5th) 60 (C.A. C.-B.) par le juge McEachern, p. 75 à 77 et 83.

[43] C'est le principe qu'a appliqué le juge McLachlin (tel était alors son titre, dissidente pour d'autres motifs) dans *McDonnell*, précité, note 39.

et que cela a eu pour effet de déséquilibrer son appréciation globale de l'affaire.

Il n'est pas surprenant que la cour ait reparlé du principe de retenue, mais le juge en chef Lamer a ajouté l'observation suivante lorsqu'il s'est agi d'appliquer les divers principes aux faits :

> ... les juges qui président les procès vivent plus près de leur collectivité et savent davantage ce qui y serait acceptable.[44]

Cette affirmation ne peut vouloir dire que l'acceptation de la mesure envisagée par la population est un facteur qui peut être légitimement pris en considération. Il faut espérer que les citoyens bien informés vont progressivement mieux comprendre et mieux accepter les peines imposées par les tribunaux. Nous vivons toutefois à une époque où l'on invoque « la loi et l'ordre » . Il est dangereux d'utiliser des mots qui laissent entendre qu'en règle générale, l'opinion de la population doit influencer les décisions judiciaires.

4. LES AFFAIRES CONNEXES

L'arrêt *Proulx* a réglé un certain nombre de difficultés qu'a engendrées l'ajout de l'art. 742.1 au *Code criminel*, mais il n'a pas rendu plus facile le rôle des juges. L'application de ces principes aux affaires réelles dont sont ordinairement saisis les tribunaux est difficile comme le montrent les affaires connexes publiées le même jour que l'arrêt *Proulx*. Dans l'arrêt *Bunn*[45], un cas d'abus de confiance et de vol par un avocat, la Cour suprême a confirmé l'emprisonnement avec sursis par un vote de cinq contre trois. Le fait que le délinquant était la seule personne à s'occuper de sa conjointe handicapée a constitué un facteur important qui militait contre une peine privative de liberté.[46] Dans *R.* c. *L.F.W.*[47], les juges étaient également partagés sur la question de savoir s'il y avait lieu de confirmer un emprisonnement avec sursis pour un homme qui avait, plus de 25 ans auparavant, commis un attentat aux mœurs et des actes de grossières indécences sur une petite fille qui avait à l'époque entre 6 et 12 ans. Le délinquant n'avait commis apparemment aucune autre infraction depuis, il avait réussi à régler un problème d'alcoolisme et il avait de bons antécédents professionnels. Dans *R.* c. *R.N.S.*[48], tous les juges étaient d'accord pour rétablir la peine d'emprisonnement de neuf mois imposée dans une affaire d'agression sexuelle et d'invitation à des attouchements sexuels commis sur une belle-fille qui avait entre cinq et huit ans. Dans l'affaire *R.* c. *R.A.R.*[49], il s'agissait d'une condamnation pour agression sexuelle et de deux condamnations pour voies de fait commises sur le lieu de travail par l'employeur sur une employée d'une vingtaine d'années. Le juge L'Heureux-Dubé et cinq autres juges ont fait droit à l'appel et rétabli la peine d'emprisonnement d'un an imposée auparavant. Dissident, le juge en chef Lamer aurait confirmé le sursis à l'emprisonnement de neuf mois avec détention à domicile et participation à un traitement pour les délinquants sexuels, même s'il a fait remarquer qu'un emprisonnement avec sursis d'une durée plus longue aurait été préférable. En fin de compte, ce n'est que dans les arrêts *Bunn* et *L.F.W.* que les emprisonnements avec

[44] *Proulx*, précité, note 1, par. 131.

[45] *Ibid.*

[46] Cette décision a été critiquée parce qu'elle semble diminuer la gravité des infractions de malhonnêteté commises par un avocat : voir A. Kaiser, « *R.* c. *Bunn*: A Disconcerting Judicial Response to the Dishonest Lawyer » (2000), 30 C.R. (5th) 102.

[47] *L.F.W.*, précité, note 1.

[48] *R.N.S.*, précité, note 1.

[49] *R.A.R.*, précité, note 1.

sursis ont été confirmés, avec toutefois de fortes dissidences. Dans les trois autres cas, une peine d'emprisonnement a été substituée au sursis, même si cette peine a été suspendue puisque l'emprisonnement avec sursis avait déjà été purgé et que la Couronne ne demandait pas l'infliction d'une peine supplémentaire.

5. L'emprisonnement avec sursis, l'al. 718.2*e*) et les délinquants autochtones

Quelques semaines après l'arrêt *Proulx*, la Cour suprême a prononcé l'arrêt *Wells*[50], qui appliquait les principes énoncés dans l'arrêt *Proulx* et dans l'al. 718.2*e*) tel qu'interprété dans l'arrêt *Gladue*[51] au cas d'un délinquant autochtone qui avait été déclaré coupable d'agression sexuelle. La victime, une Autochtone de 18 ans, était inconsciente au moment de l'agression et aucun élément de preuve n'indiquait qu'il y avait eu pénétration. Wells avait été condamné au départ à un emprisonnement de 20 mois. La Cour d'appel de l'Alberta a maintenu le refus du juge de première instance de prononcer le sursis à l'emprisonnement, malgré la présence de nouvelles preuves établissant que le délinquant participait à un programme communautaire de lutte contre l'alcoolisme et son intention de participer à un programme en résidence dès qu'une place se libérerait. Pour la Cour suprême, la question à trancher était l'importance à accorder à l'objectif de justice corrective, compte tenu de la gravité de l'infraction. Le juge Iacobucci s'en est remis à l'évaluation effectuée par le juge de première instance et a conclu, au nom de la Cour : « Il était loisible au juge qui était chargé de déterminer la peine de donner préséance aux principes de dénonciation et de dissuasion en raison de la gravité du crime reproché ».[52] Il a également fait remarquer que les infractions de nature particulièrement violente et grave entraîneront plus souvent une peine d'emprisonnement, mais que cela ne veut pas dire que le juge ne peut privilégier un objectif correctif, en particulier si les circonstances indiquent que la collectivité a décidé de lutter contre le type d'infractions en cause. L'on peut déduire ici qu'il pensait à un exemple comme Hollow Water et la réponse que cette collectivité a apportée aux agressions sexuelles.[53]

En procédant à une analyse détaillée de l'arrêt *Wells*, on constate que le juge qui envisage d'imposer l'emprisonnement avec sursis à un délinquant autochtone doit suivre les étapes suivantes :

1. L'examen préliminaire de la possibilité d'imposer une condamnation avec sursis et probation et une peine d'incarcération dans un pénitencier et le rejet de ces peines parce qu'elles sont inappropriées.

2. L'évaluation de la gravité de l'infraction commise en tenant compte du préjudice causé et du degré de responsabilité du délinquant.

3. La prise en compte judiciaire des « facteurs systémiques et contextuels qui ont contribué aux difficultés auxquelles font face les Autochtones, tant au sein du système de justice pénale que dans la société en général ».

4. Une analyse de la situation particulière du délinquant, notamment des éléments indiquant

[50] *Wells*, précité, note 1.

[51] *Gladue*, précité, note 6.

[52] Voir *Wells*, précité, note 49, par. 44.

[53] *Ibid.*, par. 50, qui fait expressément référence à l'agression sexuelle. On trouvera une explication détaillée du processus de détermination de la peine élaboré à Hollow Water dans Ross Gordon Green, *Justice in Aboriginal Communities* (Saskatoon: Purich Publishing, 1998), p. 85 à 95.

que la collectivité a pris des initiatives pour appliquer les principes de la justice corrective à des problèmes sociaux particuliers.

Les avocats et les rapports présentenciels constituent les principales sources d'information concernant la situation du délinquant, mais le juge est également tenu de faire lui-même enquête sur ces aspects.[54] Si la peine appropriée est une peine d'emprisonnement de moins de deux ans, le juge peut ensuite déterminer, après avoir examiné les facteurs nº 2 et 4 ci-dessus, s'il y a lieu d'ordonner le sursis à l'emprisonnement accompagné de conditions appropriées.

6. LA COMPRÉHENSION DU MÉCANISME PRÉVU EN CAS DE MANQUEMENT AUX CONDITIONS

Il y a un aspect de l'emprisonnement avec sursis qui n'a guère fait l'objet de commentaires dans l'arrêt *Proulx*; il s'agit du mécanisme complexe mis sur pied par l'art. 742.6 pour sanctionner les manquements aux conditions des ordonnances de sursis. Il ne fait en effet l'objet que de quelques brèves remarques. Tout d'abord, le juge en chef Lamer note que les manquements aux conditions du sursis peuvent être établis selon la prépondérance des probabilités et il prend soin d'ajouter qu'il ne se prononce pas sur la constitutionnalité de l'allégement du fardeau qu'assume la Couronne.[55] Deuxièmement, et peut être plus important encore, il déclare que d'après lui le manquement aux conditions du sursis à l'emprisonnement devrait être sanctionné plus sévèrement que la violation d'une ordonnance de probation.[56] Cela est conforme à l'approche générale qui consiste à établir une différence entre l'emprisonnement avec sursis et la probation en prévoyant pour la première mesure un élément punitif plus prononcé. Il poursuit cependant en disant qu' « il devrait y avoir présomption [que le délinquant] doit... purger le reste de sa peine en prison » en cas de manquement à une des conditions.[57] Ce deuxième bref commentaire au sujet des conséquences du manquement aux conditions du sursis n'est pas accompagné d'autre explication si ce n'est qu'il est « plus grave » que les conséquences d'une violation d'une ordonnance de probation parce qu'il constitue une « menace permanente d'incarcération » . Cette conception, si elle était suivie, aurait un effet important sur la proportionnalité des peines puisqu'elle risque d'augmenter, au delà de ce que l'infraction initiale pouvait justifier, la restriction apportée à la liberté du délinquant, y compris les périodes d'incarcération.

Il existe toutefois certaines raisons pour lesquelles les cours d'appel pourraient qualifier les commentaires formulés à ce sujet d'*obiter dicta* dépourvus de force obligatoire et ainsi ne pas appliquer la présomption d'incarcération. Premièrement, les éléments du mécanisme applicable en cas de manquement ne sont pas véritablement analysés dans l'arrêt *Proulx* et ils brillent par leur absence dans le résumé des propositions générales.[58] Deuxièmement, l'arrêt *Proulx* ne fait pas état des modifications de 1999[59], qui ont changé la structure générale de ce mécanisme, l'exécution de l'ordonnance étant suspendue dès qu'il y a allégation de

[54] On trouvera un examen de l'obligation qu'a le juge de s'informer dans *R.* c. *Laliberté* (2000), 31 C.R. (5th) 1 (C.A. Sask.) par le juge Vancise, p. 31 à 35. Il note que le juge de première instance a entendu le témoignage du professeur Tim Quigley au sujet de la pauvreté, de la toxicomanie et du racisme que subissent les Autochtones en Saskatchewan.

[55] Voir *Proulx*, précité, note 1, par. 38.

[56] *Ibid.*, par. 27.

[57] *Ibid.*, par. 39.

[58] *Ibid.*, par. 127.

[59] Voir L.R.C. (1999), ch. 5, art. 41.

manquement à ses conditions. Troisièmement, les modifications de 1999 contiennent des dispositions particulières[60] qui touchent les mesures prises après la constatation d'un manquement pour restreindre davantage la liberté du délinquant et qui concernent donc la proportionnalité. Ces dispositions n'ont pas été soumises au tribunal dans l'affaire *Proulx*. Tous ces éléments indiquent que l'arrêt *Proulx* n'est pas une décision qui devrait faire autorité sur la question des manquements. La Cour suprême a démarré un projet de création d'une nouvelle peine intermédiaire qu'il va falloir intégrer au processus de sanction des manquements prévu par la loi. Cette partie du projet n'a pas été réalisée avec l'arrêt *Proulx*.

L'article 742.6 a été sensiblement modifié en 1999 pour répondre aux critiques portant sur le fait que le mécanisme de sanction de manquements avait pour effet de réduire l'emprisonnement avec sursis parce qu'il n'en suspendait pas l'exécution pendant qu'un tribunal examinait les allégations de manquement. Cette lacune a maintenant été comblée. Le premier élément du mécanisme de sanction exige la tenue rapide d'une audience, à savoir dans les 30 jours de l'arrestation du délinquant pour le prétendu manquement (avec ou sans mandat) ou du prononcé d'une ordonnance obligeant le délinquant à comparaître.[61] Une fois saisi du manquement, le tribunal peut ajourner l'instance pour des périodes raisonnables jusqu'à ce qu'il se soit prononcé sur le prétendu manquement. Un tribunal compétent au lieu où le manquement est présumé avoir été commis ou au lieu où le délinquant a été arrêté peut être saisi du prétendu manquement. L'emprisonnement avec sursis est suspendu à partir de la délivrance d'un mandat, de l'arrestation sans mandat ou, si le délinquant est sous garde pour une autre raison, à partir du prononcé d'une ordonnance imposant au délinquant de comparaître pour répondre au manquement aux termes de l'al. 742.6(1)*d*). Le sursis est suspendu jusqu'à ce que le tribunal se soit prononcé sur le manquement. Cependant, pendant la période de suspension, si le délinquant n'est pas détenu sous garde, le par. 742.6(11) prévoit que les conditions initiales continuent à s'appliquer en attendant la décision sur le manquement. Les éléments de preuve tendant à établir le prétendu manquement doivent figurer dans le « rapport écrit de l'agent de surveillance » accompagné le cas échéant des « déclarations signées des témoins » .[62] Le rapport est recevable en preuve à l'audience pourvu que le délinquant en ait reçu copie et un préavis de l'intention de produire ce rapport;[63] le délinquant peut toutefois, avec l'autorisation du tribunal, exiger la comparution de l'agent de surveillance et des témoins dont les déclarations signées figurent au rapport.[64]

La disposition centrale de ce mécanisme est le par. 742.6(9) qui précise les éléments essentiels, le fardeau de la preuve et les sanctions possibles :

> Le tribunal peut, s'il est convaincu, par une preuve prépondérante, que le délinquant a enfreint, sans excuse raisonnable dont la preuve lui incombe, une condition de l'ordonnance de sursis...

Il est difficile d'imaginer une façon plus rapide d'ordonner l'incarcération. Ce processus est très semblable à celui de la révocation de la libération

[60]Voir, par exemple, le par. 742.6(11), examiné ci-dessous, qui prévoit que les conditions du sursis continuent à s'appliquer même si l'ordonnance de sursis est elle-même suspendue.
[61]Voir les par. 742.6(3) et (1).
[62]Voir le par. 742.6(4).
[63]Voir le par. 742.6(5).
[64]Voir le par. 742.6(8).

conditionnelle. Le fardeau de la preuve a été ramené à la preuve prépondérante et la preuve de l'existence d'une excuse raisonnable incombe au délinquant. On pourrait certes soutenir que l'art. 742.6 est contraire à la présomption d'innocence et au « fil d'or » de la trame pénale qui oblige la Couronne à établir la culpabilité au delà de tout doute raisonnable, tel que le garantit l'al. 11*d*) de la Charte, mais deux cours d'appel se sont prononcées sur cette question et ont rejeté l'argument.[65]

Le paragraphe 742.6(9) précise également les conséquences que peut avoir la constatation judiciaire d'un manquement :

Le tribunal peut :
a) ne pas agir;
b) modifier les conditions facultatives;
c) suspendre l'ordonnance et ordonner :
   (i) d'une part, au délinquant de purger en prison une partie de la peine qui reste à courir,
   (ii) d'autre part, que l'ordonnance s'applique à compter de la libération du délinquant, avec ou sans modification des conditions facultatives;
d) mettre fin à l'ordonnance de sursis et ordonner que le délinquant soit incarcéré jusqu'à la fin de la peine d'emprisonnement.

Conformément aux commentaires formulés dans *Proulx* au sujet de la « présomption d'incarcération » , le tribunal peut ordonner l'incarcération du délinquant pour une partie ou pour la durée entière du reliquat de la peine. Il est important de noter ici qu'à la suite de l'allégation de manquement, il est possible que le délinquant ait été mis en détention ou, s'il se trouve dans la collectivité, ait fait l'objet de conditions, l'emprisonnement avec sursis étant toutefois suspendu. Dans ces deux cas, la liberté du délinquant est restreinte davantage, élément dont il faut tenir compte pour déterminer les conséquences à donner au manquement. Pour que la mesure prise par le juge soit équitable et proportionnelle, il faudrait que celui-ci envisage d'accorder au délinquant un crédit sur la peine à imposer pour tenir compte de la suspension de l'ordonnance, conformément aux par. 742.6(14)[66] et 742.6(16)[67]. Le juge tient compte de la gravité du manquement et de la gravité de l'infraction initiale pour évaluer la durée de la peine d'emprisonnement qui aurait pu être prononcée, de façon à éviter que le délinquant ne subisse, du fait de la suspension de l'emprisonnement avec sursis, une restriction excessive à sa liberté. Cet aspect joue un rôle très important si la durée de l'emprisonnement avec sursis est sensiblement supérieure à celle de la peine d'emprisonnement qui aurait pu être prononcée en ses lieu et place.

[65]Dans *R.* c. *Casey* (2000), 30 C.R. (5th) 126 (C.A. Ont.), la Cour d'appel de l'Ontario s'est basée sur *Cunningham* c. *La Reine* (1993), 80 C.C.C. (3d) 492 (C.S.C.), juge McLachlin, une affaire traitant du refus de libérer un détenu en liberté surveillée en raison des nouvelles dispositions en matière de détention, pour en arriver à la conclusion qu'il n'y avait pas eu violation de l'art. 7 découlant du recours à la norme de la prépondérance de la preuve et du renversement du fardeau de la preuve. Dans *R.* c. *Whitty* (1999), 24 C.R. (5th) 131 (C.A. T.-N.), le juge Gushue, dans un jugement majoritaire, a déclaré que l'emprisonnement avec sursis est une peine d'emprisonnement qui est purgée dans la collectivité et que la procédure de sanction des manquements « vise uniquement à déterminer si une modification des circonstances devrait entraîner un changement dans la façon dont la peine d'emprisonnement devrait être purgée » .

[66]Cette disposition traite du retard mis à exécuter un mandat, période pendant laquelle l'ordonnance de sursis est suspendue en vertu du par. 742.6(1).

[67]Cette disposition s'applique « dans les cas exceptionnels et dans l'intérêt de la justice » . Les éléments dont il faut tenir compte figurent au par. 742.6(17).

7. LA FORMULATION D'UNE POLITIQUE PÉNOLOGIQUE TELLE QU'ELLE RESSORT DE L'ARRÊT *PROULX*

Le lecteur qui examine l'arrêt *Proulx* a le sentiment que la Cour suprême a essayé de faire marche arrière. L'auteur du jugement s'interroge sur la façon dont l'art. 742.1 et les dispositions connexes pourraient s'intégrer dans le régime des peines du *Code* après que ces dispositions y figurent déjà. En fin de compte, il semble que nous soyons revenus à l'époque où l'on discutait du mérite d'une nouvelle peine intermédiaire – une peine qui ne viserait pas uniquement la réinsertion sociale comme la probation, une mesure qui aurait un certain aspect punitif, mais qui ne déboucherait pas, du moins dans un premier temps, sur l'incarcération du délinquant. C'est une discussion légitime. Elle devrait toutefois être tenue par une assemblée législative, et non pas par un tribunal, parce que son acceptation par cette instance entraînerait probablement l'octroi de ressources qui en garantiront le succès, ou du moins qui favoriseront un tel succès.

L'arrêt *Proulx* a créé une nouvelle sanction intermédiaire. Elle ressemble un peu à une probation intensive et également à une libération conditionnelle instantanée prononcée par un tribunal. Cette mesure peut être suspendue et révoquée de façon relativement expéditive, sans que s'applique la norme de la preuve au delà de tout doute raisonnable. Cette mesure offre bien sûr des avantages par rapport à un régime de peines qui ne comprendrait pas l'emprisonnement avec sursis tel que défini dans *Proulx*. Il est toutefois possible de prévoir que l'arrêt *Proulx* aura un certain nombre de répercussions :

1. le recours à l'emprisonnement avec sursis diminuera;
2. la durée des ordonnances de sursis sera prolongée;
3. les ordonnances vont contenir des conditions plus rigoureuses, en particulier la détention à domicile;
4. les cours d'appel vont hésiter à intervenir dans ces questions;
5. les manquements une fois établis vont entraîner davantage de peines d'emprisonnement pour des périodes plus longues.

Le juge en chef Lamer voulait, dans *Proulx*, faire en sorte que l'emprisonnement avec sursis ne recouvre pas un domaine qui était auparavant celui des peines non privatives de liberté, mais il est possible que la sanction qui en est résultée ait débordé sur des domaines situés de l'autre côté. Surtout, il n'existe aucun motif d'espérer que les gouvernements vont fournir les ressources nécessaires pour que l'on puisse surveiller l'exécution de cette nouvelle sanction intermédiaire assortie de conditions restrictives.

Si l'on revient à l'énigme initiale (dans quel cas n'est-il pas nécessaire qu'une peine de prison soit purgée en prison), la réponse se trouve peut-être dans le fait que le choix entre l'emprisonnement avec sursis et l'emprisonnement porte sur le besoin de dénonciation. Il faut favoriser l'emprisonnement avec sursis sauf si la réalisation de l'objectif de dénonciation l'emporte sur les objectifs de réadaptation. Les questions importantes sont donc les suivantes :

1. L'infraction en cause, même si elle fait partie d'une catégorie qui exige habituellement la dénonciation, a-t-elle été commise dans des circonstances qui atténuent le besoin de dénonciation?

2. Serait-il inéquitable pour le délinquant, en raison de sa situation personnelle, ou pour des tiers de cibler sur le délinquant la réprobation sociale?

3. Existe-t-il des éléments indiquant que la réprobation sociale peut se manifester autrement que par l'incarcération?

La question de savoir si cette approche est compatible avec l'arrêt *Proulx* et si elle va fournir aux juges un meilleur cadre d'analyse mérite un débat. En l'absence d'autres précisions et compte tenu de la retenue dont les cours d'appel doivent faire preuve, le sort des délinquants dépendra de la façon dont leur juge apprécie la gravité de l'infraction et le risque de récidive qu'ils représentent. Lorsque les juges vont exécuter les tâches complexes analysées dans l'arrêt *Proulx*, ils devront éviter soigneusement que certains biais ne privilégient certains délinquants par rapport à d'autres. Ils doivent également être sensibles à la volonté du législateur de réduire le recours à l'incarcération, comme réponse facile et généralisée, chaque fois que les conditions d'application de l'art. 742.1 l'autorisent, conformément aux principes et aux objets de la détermination de la peine.

L'emprisonnement avec sursis, la justice réparatrice, l'aggravation des peines et les délinquants autochtones

Kent Roach[1]

Professeur de droit et de criminologie, Université de Toronto

Introduction

Les six décisions que la Cour suprême a prononcées récemment dans le domaine de l'emprisonnement avec sursis offrent l'occasion de réfléchir sur une des innovations les plus importantes et les plus controversées qu'ait connu le régime des peines depuis des années, à savoir l'emprisonnement avec sursis. Ces décisions n'apportent pas de réponse à toutes les questions et elles proposent parfois des pistes ambiguës voire contradictoires. Cela n'est guère surprenant puisque l'emprisonnement avec sursis, tel Janus, a lui-même une double nature. Certains critiquent cette mesure parce qu'elle revient à donner une petite tape à des gens qu'il faudrait punir sévèrement et parce qu'elle n'est en fait qu'une ordonnance de probation améliorée. D'autres par contre reprochent à cette mesure d'aggraver les peines imposées à des délinquants qui n'auraient autrement jamais été incarcérés.

La Cour suprême répond en partie à ces deux genres de critiques, mais le résultat final est un compromis peu satisfaisant. La Cour tente de renforcer l'emprisonnement avec sursis et de le distinguer de la probation et elle a pour ce faire encouragé le recours à des conditions punitives comme la détention à domicile, le couvre-feu et à des conditions correctives exigeantes comme les ordonnances de traitement. Elle autorise également les juges de première instance à prononcer des ordonnances de sursis dont la durée est supérieure à la période d'emprisonnement équivalente et elle crée une nouvelle présomption selon laquelle les délinquants doivent être incarcérés pour toute la durée de leur emprisonnement avec sursis dès qu'est établi un manquement aux conditions imposées. Ces éléments vont peut-être avoir pour effet de renforcer l'emprisonnement avec sursis, mais ils vont peut-être également entraîner une aggravation des peines, voire même éventuellement l'incarcération des délinquants qui purgent des peines d'emprisonnement avec sursis.

Parallèlement, la Cour n'a sans doute pas convaincu les critiques (et même peut-être elle-même) que l'emprisonnement avec sursis est une peine suffisamment sévère pour permettre de sanctionner les crimes graves. La Cour a écarté les arguments présentés par la Couronne selon lesquels l'emprisonnement avec sursis est par nature une réponse non proportionnée aux crimes graves comme l'agression sexuelle et la conduite dangereuse ayant causé la mort, mais elle a toutefois déclaré que la nécessité de dénoncer ces crimes et de prévenir la récidive peut justifier le recours à l'emprisonnement. Cet aspect de la décision de la Cour risque également d'aggraver les peines en diminuant les cas où l'emprisonnement avec sursis constitue une véritable alternative à l'incarcération. C'est pourquoi je ne pense pas que l'emprison-

[1]Professeur de droit et de criminologie à l'Université de Toronto. J'ai représenté les Aboriginal Legal Services of Toronto dans *R.* c. *Gladue* (1999), 23 C.R. (5th) 197 (C.S.C.) et *R.* c. *Wells*(2000), 30 C.R. (5th) 254 (C.S.C.). Les opinions exprimées ici sont uniquement les miennes.

nement avec sursis va réduire le recours à l'incarcération en général et en particulier, à celle des Autochtones. En fait, avec cette décision, l'emprisonnement avec sursis risque même de favoriser un recours accru à l'incarcération pour les Autochtones et les autres délinquants.

Ces décisions sur l'emprisonnement avec sursis comportent un autre aspect important; la Cour fait de la justice réparatrice une approche à la détermination de la peine qui justifie le recours à l'emprisonnement avec sursis. Le fait de baser sa position sur la justice réparatrice ajoute à l'ambiguïté et à la complexité de la jurisprudence dans ce domaine parce qu'habituellement la justice réparatrice n'est pas considérée comme un principe pénologique et qu'elle recouvre diverses choses pour diverses personnes. Il y a également le risque que la façon dont la Cour conçoit la justice réparatrice et que l'assimilation qu'elle opère entre la modération dans le recours à l'emprisonnement et l'imposition de conditions correctives exigeantes au sursis à l'emprisonnement, ajoutées au refus de la Cour de prévoir le sursis à l'emprisonnement pour les affaires plus graves, ait pour effet d'aggraver les peines et peut-être aussi d'augmenter le taux d'incarcération des Autochtones.

La première partie de cette brève étude va porter sur la question de l'aggravation des peines. La deuxième partie va traiter de la façon dont la Cour conçoit l'emprisonnement avec sursis pour les crimes graves, notamment ce qu'elle entend par proportionnalité, dénonciation et dissuasion. La troisième partie va porter sur la façon dont la Cour a défini la justice réparatrice. Enfin, la quatrième partie va traiter des effets possibles sur les délinquants autochtones de la jurisprudence de la Cour en matière d'emprisonnement avec sursis.

I. L'aggravation des peines

Selon moi, l'aggravation des peines fait référence à tout processus qui amène les délinquants à faire l'objet de sanctions plus rigoureuses qu'auparavant. Il y a donc aggravation des peines lorsque les délinquants qui auraient été condamnés à une amende ou fait l'objet d'une ordonnance de probation sont maintenant condamnés à l'emprisonnement avec sursis. Il y a également aggravation lorsque le délinquant qui n'aurait pas été normalement incarcéré est envoyé en prison parce qu'il n'a pas respecté une ordonnance de sursis à l'emprisonnement ou qui va être emprisonné pour une durée plus longue que s'il n'avait jamais fait l'objet d'une ordonnance d'emprisonnement avec sursis. C'est peut-être là une définition un peu plus large de ce que l'on entend habituellement par aggravation des peines, mais je pense qu'elle peut être utile pour les décideurs.

L'expérience canadienne en matière d'emprisonnement avec sursis suggère fortement que cette mesure a entraîné une aggravation des peines.[2] Depuis deux ans que l'emprisonnement avec sursis existe, plus de 28 000 ordonnances de sursis à l'emprisonnement ont été prononcées.[3] Il est évident que la population carcérale n'a pas connu une diminution correspondante même si l'emprisonnement avec sursis a été défini comme une peine d'emprisonnement devant être purgée dans la collectivité et assortie de conditions rigoureuses.

Sur un certain plan, la Cour a répondu aux préoccupations que soulève cet effet d'aggravation des peines dans les décisions qu'elle a prononcées récemment dans ce domaine. Elle a tenté de définir l'emprisonnement avec sursis comme étant une sanction rigoureuse, à la limite de l'emprisonnement. C'est pourquoi le juge en

[2]D. Cole, « What a Mesh We're In: Conditional Sentences After the First Three Years » (Atelier régional de la Cour de justice de l'Ontario, automne 1999) [non publié].

[3]J. Roberts, « The Hunt for the Paper Tiger: Conditional Sentencing After *Brady* » (1999) 42 Crim. L.Q. 38.

chef Lamer déclare qu'il convient de renforcer la différence existant entre l'emprisonnement avec sursis et la probation en imposant des conditions punitives comme la détention à domicile et les couvre-feu. Il ajoute :

> Le juge qui rend une ordonnance de sursis à l'emprisonnement sans l'assortir de conditions punitives devrait exposer la raison particulière expliquant cette décision. En effet, le juge qui détermine la peine ne doit jamais oublier que le sursis à l'emprisonnement ne doit être prononcé qu'à l'égard des délinquants qui autrement iraient en prison. S'il est d'avis qu'il est inutile d'imposer des conditions punitives, c'est alors la probation, et non le sursis à l'emprisonnement, qui est selon toute vraisemblance la mesure appropriée.[4]

La Cour déploie un effort louable pour situer l'emprisonnement avec sursis dans la partie du registre des peines où se trouvent les peines les plus rigoureuses, juste en deçà de l'emprisonnement. Si les tribunaux suivent ce conseil, il va en résulter une diminution du recours au sursis à l'emprisonnement et une augmentation des ordonnances de probation et des autres sanctions de nature moins sévère. Il convient de réserver l'emprisonnement avec sursis aux crimes graves qui appellent l'imposition de conditions punitives et correctives rigoureuses sans aller jusqu'à l'emprisonnement.

J'estime que le scénario décrit ci-dessus est bien trop optimiste pour diverses raisons. Comme nous allons le voir dans la seconde partie de la présente étude, la Cour indique que l'emprisonnement avec sursis est rarement approprié pour les infractions graves pour lesquelles la peine doit viser la dénonciation et la dissuasion. C'est pourtant dans ces affaires que le sursis à l'emprisonnement pourrait bien souvent constituer une véritable alternative à l'incarcération. L'avertissement lancé contre l'emploi de l'emprisonnement avec sursis dans les affaires les plus graves vient réduire la possibilité du recours à cette mesure comme une véritable alternative à une sévère peine de prison.

Il existe un autre sujet de préoccupation à savoir que, lorsque l'emprisonnement avec sursis est ordonné, la Cour fournit pratiquement une recette pour aggraver cette peine. Elle déclare en effet que la durée de l'emprisonnement avec sursis peut être plus longue que celle de la peine d'emprisonnement qui aurait pu être infligée. Cela peut se justifier si l'emprisonnement avec sursis est utilisé comme une véritable alternative à l'incarcération, mais si ce n'est pas le cas, cela veut dire que les délinquants vont être assujettis à certaines conditions pendant une durée plus longue que s'ils faisaient l'objet d'une ordonnance de probation. Cela entraîne directement une aggravation des peines. Cela augmente également les risques de manquement aux conditions imposées. La Cour indique ensuite aux juges de première instance que les conditions punitives comme la détention à domicile et le couvre-feu, « devraient être la règle plutôt que l'exception » .[5] Cette attitude augmente elle aussi les risques de manquement, en particulier dans les provinces qui utilisent la surveillance électronique et donc font facilement respecter ce genre de conditions. Pour être juste, il convient toutefois de noter que la Cour indique également aux juges que « ces conditions seront sans effet si le délinquant est incapable de les respecter et, en plus, elles accroîtront la probabilité qu'il soit emprisonné pour les avoir violés » .[6] Cette remarque ainsi que le commentaire de la Cour au sujet de la nécessité d'imposer des conditions adaptées à la situation devraient toutefois être

[4] *R.* c. *Proulx* (2000), 30 C.R. (5th) 1 (C.S.C.), par. 37.
[5] *Ibid.*, par. 36.
[6] *Ibid.*, par. 117.

interprétées dans le contexte de l'incarcération à titre d'alternative.

Enfin, et c'est sur ce point que portera la troisième partie de notre étude, l'importance accordée par la Cour à la justice réparatrice risque également de contribuer à l'aggravation des peines en encourageant les juges à imposer des conditions visant à favoriser la réinsertion sociale des délinquants et à réparer le tort causé à la victime et à la collectivité. Ces conditions risquent d'être très rigoureuses et donc d'augmenter les possibilités de manquement. L'emprisonnement avec sursis impose ainsi un lourd fardeau aux délinquants. Les risques de manquement augmentent avec la sévérité des conditions imposées ainsi qu'avec leur durée. Dans ces affaires récentes, la Cour suprême indique clairement aux juges de première instance qu'il y a lieu d'augmenter la durée et la sévérité de l'emprisonnement avec sursis et d'incarcérer les délinquants qui n'en respectent pas les conditions.

La sévérité des dispositions applicables en cas de manquement, voire leur caractère draconien, contribue également à l'aggravation des peines. Les personnes qui ont été arrêtées en raison d'un manquement à des conditions font face à un renversement du fardeau de la preuve en matière de libération. Il leur incombe également de démontrer qu'ils ont une excuse raisonnable pour expliquer les manquements. Enfin, il suffit d'établir le manquement selon la prépondérance des preuves et l'on peut, pour ce faire, se fonder sur une preuve par ouï-dire comme le rapport d'un agent de libérations conditionnelles. Selon le par. 742.6(9), le juge dispose de toute une gamme de possibilités lorsqu'il a constaté un manquement, mais la Cour suprême crée en fait une présomption favorisant la mesure la plus sévère. Le juge en chef Lamer déclare que « lorsque le délinquant enfreint sans excuse raisonnable les conditions de son ordonnance de sursis à l'emprisonnement, il devrait y avoir présomption qu'il doit alors purger le reste de sa peine en prison. Cette menace constante d'incarcération est de nature à inciter le délinquant à respecter les conditions qui lui ont été imposées... Il contribue en outre à distinguer l'emprisonnement avec sursis de la probation en rendant plus sévères les conséquences d'un manquement aux conditions d'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement. »[7] N'oublions pas que la durée de l'emprisonnement avec sursis est plus longue que si le délinquant avait été envoyé directement en prison. Tout ceci ne peut que renforcer l'aggravation des peines.

II. Les crimes graves : proportionnalité, dissuasion et dénonciation

Un bon nombre de procureurs de la Couronne ont soutenu dans les affaires relatives à l'emprisonnement avec sursis que cette mesure constituait une peine beaucoup trop légère pour les crimes graves comme l'agression sexuelle et la conduite ayant causé la mort. Leurs arguments reflétaient l'inquiétude de la population au sujet du manque de sévérité du sursis à l'emprisonnement et du respect du principe de la proportionnalité, un principe fondamental du régime des peines. Leurs arguments n'ont pas été retenus et la Cour suprême a clairement indiqué que la seule façon dont le législateur pouvait écarter l'emprisonnement avec sursis pour certaines infractions était de modifier le Code, soit en interdisant cette mesure pour certaines infractions soit en imposant une peine minimale obligatoire d'emprisonnement. La Cour indique également clairement que l'art. 718.1 du *Code criminel* ne reflète pas uniquement une forme brutale de rétribution où la peine dépend uniquement du crime commis. Une telle attitude serait directement contraire aux objectifs de proportionnalité

[7] *Ibid.*, par. 39.

et de dénonciation[8] et ne tiendrait pas compte de l'art. 718.1 qui dispose que la peine doit refléter le degré de responsabilité du contrevenant ainsi que la gravité de l'infraction. Le juge en chef Lamer a rejeté les arguments de la Couronne d'après lesquels l'emprisonnement avec sursis ne peut constituer une sanction proportionnée pour certains crimes graves et conclut, à juste titre d'après moi, qu'une telle approche « met démesurément l'accent sur la gravité de l'infraction et pas assez sur la culpabilité morale du délinquant. Elle découle d'une méprise fondamentale en ce qui concerne la nature du facteur. La proportionnalité commande un examen exhaustif des deux facteurs. »[9]

Les procureurs de la Couronne ont peut-être perdu la guerre de la proportionnalité, mais ils ont gagné des batailles importantes sur le front de la dissuasion et de la dénonciation. Dans RNS[10], la Cour a déclaré, à l'unanimité, qu'un emprisonnement de neuf mois avec sursis n'était pas une peine suffisante, sur le plan de la dissuasion, dans une affaire d'attouchements sexuels et d'agression sexuelle sur un enfant. Quatre juges (dissidents cependant) étaient du même avis dans l'affaire semblable *LFW*[11] et la décision confirmant l'emprisonnement avec sursis s'expliquait en partie par le souci de faire preuve de retenue à l'endroit de la décision du juge de première instance, par le fait que le délinquant n'avait pas récidivé au cours des 25 années ayant suivi l'agression et durant les 21 mois de l'emprisonnement avec sursis. Dans l'arrêt *Wells*[12], la Cour a confirmé à l'unanimité une peine de 20 mois d'emprisonnement pour agression sexuelle, en se fondant sur la nécessité de dénoncer ce genre de crime et d'éviter la récidive. Dans *Proulx*, la Cour s'est également fondée sur le besoin de dénonciation et de dissuasion générale lorsqu'elle a maintenu une peine de 18 mois de prison pour conduite dangereuse et avec facultés affaiblies ayant causé la mort et des lésions corporelles. Le message qui semble découler de ces décisions est que l'emprisonnement est peut-être nécessaire lorsqu'il s'agit de dénoncer les crimes graves et d'empêcher leur perpétration.

La Cour a néanmoins entrouvert la porte aux juges qui souhaiteraient démontrer à la collectivité que les sanctions réparatrices constituent des mesures efficaces en matière de dissuasion et de dénonciation des crimes graves. Dans un arrêt récent postérieur à l'arrêt *Proulx*, le juge Vancise de la Cour d'appel de la Saskatchewan a déclaré qu'un emprisonnement avec sursis assorti de conditions punitives pouvait dénoncer et réprimer le trafic de stupéfiants.[13] Comme nous allons le mentionner dans la troisième partie de la présente étude, certaines mesures réparatrices peuvent non seulement refléter de façon proportionnée la responsabilité du délinquant, mais peuvent également viser la dénonciation et la dissuasion pour certains crimes dans certaines collectivités. Sur ce plan, le lien qu'établit la Cour entre l'emprisonnement et la dissuasion ainsi que la dénonciation est moins étroit que si l'argument des procureurs de la Couronne selon lesquels l'emprisonnement est la seule sanction proportionnée au crime grave avait été retenu. Néanmoins, les juges et les décideurs vont devoir faire quelque chose s'ils veulent écarter la présomption énoncée implicitement par la Cour suprême selon laquelle

[8] Voir *R.* c. *M.(C.A.)* (1996), 46 C.R. (4th) 269.
[9] *Proulx*, précité, note 4, par. 83 [souligné dans l'original].
[10] *R.* c. *R.N.S.* (2000), 30 C.R. (5th) 63 (C.S.C.).
[11] *R.* c. *L.F.W.* (2000), 30 C.R. (5th) 73 (C.S.C.).
[12] *R.* c. *Wells* (2000), 30 C.R. (5th) 254 (C.S.C.).
[13] *R.* c. *Laliberté*, [2000] S.J. nº 138.

l'emprisonnement est une mesure nécessaire sur le plan de la dissuasion et de la dénonciation dans le cas des crimes graves.

Compte tenu des décisions récentes de la Cour suprême, faut-il modifier la loi pour interdire le recours à l'emprisonnement avec sursis dans le cas des crimes graves, comme les agressions sexuelles? On pourrait répondre oui à première vue parce que la Cour a refusé de déclarer que l'emprisonnement avec sursis ne pouvait jamais être une sanction proportionnée dans le cas des crimes graves. La Cour laisse aux juges de première instance la possibilité d'ordonner le sursis à l'emprisonnement dans des affaires graves, mais dans le seul cas où ils sont convaincus 1) que l'emprisonnement avec sursis reflète la gravité de l'infraction et le degré de responsabilité du délinquant, 2) qu'il va permettre de réaliser tous les objectifs de la peine y compris la dissuasion et la dénonciation du crime et 3) que la sécurité de la population n'est pas compromise par la possibilité que le délinquant récidive pendant qu'il purge son emprisonnement avec sursis. Dans l'immense majorité des affaires graves, il est loisible aux juges de première instance de conclure que les conditions ci-dessus ne sont pas réunies. Il faudrait toutefois une modification législative pour interdire aux juges d'ordonner le sursis à l'emprisonnement dans les affaires exceptionnelles où les conditions ci-dessus sont réunies. Dans ce genre d'affaires exceptionnelles, la collectivité, y compris les collectivités autochtones, ont souvent pris des mesures pour lutter sérieusement contre la criminalité. Une modification interdisant le recours à l'emprisonnement avec sursis dans les affaires graves n'aurait donc que peu d'effet et rebuterait les juges et les membres des collectivités dans les rares cas où ces deux groupes seraient convaincus qu'un emprisonnement avec sursis représenterait la bonne façon de réagir à un crime grave.

III. LA JUSTICE RÉPARATRICE

Les affaires portant sur l'emprisonnement avec sursis (et l'arrêt *Gladue*[14]) comportent un aspect important et intriguant, à savoir le fait que la Cour suprême ait accepté la notion de justice réparatrice en tant que principe pénologique qui favorise le recours à l'emprisonnement avec sursis. Si l'on veut comprendre la jurisprudence actuelle en matière de peine, il faut absolument comprendre la notion de justice réparatrice telle que présentée par la Cour suprême.

La justice réparatrice en tant que philosophie pénologique

On utilise souvent l'expression justice réparatrice pour décrire les méthodes informelles et non accusatoires de règlement des litiges comme la médiation entre la victime et le délinquant, les conférences familiales et les formes de justice autochtone qui donnent un pouvoir de décision aux victimes, aux délinquants et à la collectivité. La Commission du droit du Canada a récemment formulé les trois principes fondamentaux de la justice réparatrice. Les voici : 1) le crime est une violation des rapports existants entre les victimes, les délinquants et la collectivité, 2) la victime, le délinquant et les membres de la collectivité doivent participer à la réparation du tort causé et 3) adoption en matière de justice d'une approche basée sur le consensus.[15] La justice réparatrice, prise dans son sens strict, décrit davantage une forme de déjudiciarisation qu'une philosophie pénologique pour les juges qui puisent dans le *Code criminel* et la jurisprudence leur définition des crimes, qui entendent des arguments dans le contexte d'un système de justice accusatoire qui, en théorie du moins, ne

[14] *R.* c. *Gladue*, précité, note 1.

[15] Commission du droit du Canada, *De la justice réparatrice à la justice transformatrice : document de discussion* (Ottawa: Commission du droit du Canada, 1999).

recherche pas le consensus. La notion de justice réparatrice, telle qu'elle est utilisée par les juges au moment de l'administration de la peine, risque d'avoir un effet coercitif et aggravateur des peines que lorsqu'elle est utilisée comme une forme de déjudiciarisation.

La notion de justice réparatrice en matière de peine a fait une apparition soudaine et remarquable. Il suffit de relire le rapport de 1987 de la Commission canadienne sur la détermination de la peine pour constater le peu d'impact qu'a eu la notion de justice réparatrice dans cette grande discussion sur la réforme du régime des peines. En 1988, le comité Daubney a toutefois manifesté de l'intérêt pour la justice réparatrice et cette notion s'est finalement reflétée dans la réforme du régime des peines de 1996 dans les al. 718*e*) et *f*) qui énoncent que la peine peut avoir pour but « d'assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité et de susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité. » À part certaines réalisations notables[16], la plupart des spécialistes qui ont participé à la rédaction des volumineux commentaires qui accompagnaient le projet de loi C-41 ne considéraient pas que ces dispositions allaient révolutionner le régime des peines ou faire de la justice réparatrice un nouveau principe fondamental de ce régime.

La Cour suprême a cependant pris ces dispositions très au sérieux. Dans l'arrêt *Gladue*, les juges Cory et Iacobucci ont fait remarquer que les autres objectifs énoncés dans l'art. 718 constituaient « en partie, une reformulation des objectifs de base du prononcé de la peine » , mais que les al. 718*e*) et *f*) introduisaient des éléments nouveaux et avec la réinsertion sociale (al. 718*d*)) :

> … [mettent] l'accent sur les objectifs correctifs que sont la réparation des torts subis par les victimes individuelles et l'ensemble de la collectivité, l'éveil de la conscience des responsabilités, la reconnaissance du tort causé et les efforts de réinsertion sociale ou de guérison du délinquant. Le concept de justice corrective qui sous-tend les al. *d*), *e*) et *f*)... comporte une forme de restitution et de réinsertion dans la collectivité. La nécessité pour les délinquants d'assumer la responsabilité de leurs actes est un élément central au processus de détermination de la peine... Les objectifs correctifs ne concordent habituellement pas avec le recours à l'emprisonnement. À notre avis, la décision du Parlement d'ajouter les al. *e*) et *f*) aux objectifs traditionnels de la détermination de la peine témoigne d'une intention d'élargir les paramètres de l'analyse de la peine pour tous les délinquants. Le principe de retenue, énoncé à l'al. 718.2(e), sera également éclairé par cette orientation.[17]

La plus grande partie de ce passage essentiel est cité avec l'approbation par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Proulx*[18], qui ajoute ceci : « le législateur a prescrit le recours accru aux principes de justice corrective en matière de détermination de la peine en raison de l'incapacité générale de l'emprisonnement à assurer la réadaptation du délinquant et sa réinsertion sociale. En insistant davantage que par le passé sur les principes de justice corrective, le législateur compte réduire le taux d'incarcération et accroître l'efficacité

[16]Voir E. Bayda, « The Theory and Practice of Sentencing: Are They On the Same Wavelength? Bill C-41 and Beyond » in P. Healy & H. Dumont, *Dawn or Dusk in Sentencing* (Montreal: Les Éditions Thémis, 1997), p. 3 à 20; voir également K. Jull, « Reserving Rooms in Jail: A Principled Approach » (1999) 42 Crim. L.Q. 67.

[17]*Gladue*, précité, note 1, par. 43.

[18]*Proulx*, précité, note 4, par. 19.

du processus de détermination de la peine. »[19] Ce sont là des passages très importants qui méritent d'être analysés en détail.

La Cour voit dans les al. 718*e*) et *d*) des éléments du régime des peines tout à fait nouveaux et l'expression d'une volonté de rechercher la justice réparatrice. Dans *Proulx*, la Cour définit la justice réparatrice (corrective) comme une notion qui tend « à remédier aux effets néfastes de la criminalité, et ce d'une manière qui tienne compte des besoins de tous les intéressés. Cet objectif est réalisé en partie par la réinsertion sociale du délinquant, la réparation des torts causés aux victimes et à la collectivité et la prise de conscience par le délinquant de ses responsabilités, notamment par la reconnaissance du tort qu'il a causé aux victimes et à la collectivité. »[20] La justice réparatrice joue un rôle tellement important dans les affaires récentes relatives à l'emprisonnement avec sursis que la Cour a décrit l'équilibre à rechercher entre les objectifs punitifs et réparateurs (correctifs) et déclaré que c'était là l'élément essentiel à utiliser pour déterminer si le sursis à l'emprisonnement est la mesure appropriée.

La Cour suprême a été plus loin que la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande dans son adhésion aux principes de la justice réparatrice. Cela est paradoxal parce que la Nouvelle-Zélande où l'on utilise les conférences familiales inspirées des coutumes maori est, sous de nombreux aspects, le pays où a pris naissance récemment le mouvement en faveur de la justice réparatrice et elle a créé, plus que le Canada, des institutions chargées de mettre en œuvre la justice réparatrice. La juridiction suprême de ce pays, la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande, a toutefois accordé aux principes de la justice réparatrice une reconnaissance plus limitée que ne l'a fait la Cour suprême du Canada. Dans l'affaire *Clotworthy*, elle a annulé une sanction de nature réparatrice qui aurait accordé à la victime d'un vol avec violence une indemnité de 15 000 $ pour une chirurgie plastique visant à effacer une cicatrice au visage de la victime causée par six coups de couteau et lui a substitué une peine d'emprisonnement de quatre ans visant à dissuader les autres membres de la collectivité de perpétrer cette infraction.[21] La Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a déclaré que « le processus de détermination de la peine ne peut s'attacher uniquement au rapport existant entre la victime et le délinquant et doit englober une dimension plus large » , notamment « l'intérêt du public dans l'intégrité et l'uniformité du système de justice pénale et dans la dissuasion générale. »[22] La Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a certes ajouté qu'il ne fallait pas voir dans sa décision « un rejet de la notion de justice réparatrice »[23], mais nous sommes bien loin de l'adhésion enthousiaste à ces principes qui ressort des arrêts *Gladue* et *Proulx*.

Les nombreuses facettes de la justice réparatrice

Bien souvent, les idées populaires en matière de justice pénale ne veulent pas dire la même chose pour tout le monde. Le mouvement rétributif axé sur la « juste sanction » des années 1970 et 1980 a séduit aussi bien les libéraux qui estimaient qu'il réduirait les écarts en matière de peine et limiterait le recours à l'emprisonnement axé sur la dissuasion et la

[19] *Ibid.*, par. 20.
[20] *Ibid.*, par. 18.
[21] Voir J. Braithwaite, « Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts » in M. Tonry, éd., *Crime and Justice A Review of Research* (Chicago: University of Chicago Press, 1999), p. 1-127.
[22] *R. c. Clotworthy* New Zealand C.A. 114/98 (29 juin 1998).
[23] *Ibid.*

réinsertion sociale que les conservateurs qui estimaient que ce mouvement viendrait légitimer le désir exprimé par la population de voir les crimes réprimés plus sévèrement. De la même façon, la justice réparatrice intéresse à la fois ceux qui y voient une forme contraignante de reconnaissance de responsabilité par le délinquant et de réparation du tort causé aux victimes et ceux qui estiment qu'il s'agit là d'une mesure de substitution à l'emprisonnement moins contraignante et qui favorise la réinsertion sociale des délinquants. Les décideurs devront suivre de près le sens dans lequel va se développer la notion de justice réparatrice.

La Cour suprême a une conception complexe et diversifiée de la justice réparatrice. D'un côté, la Cour a redonné de l'importance aux notions traditionnelles de réinsertion sociale et de mesure en les plaçant dans la nouvelle catégorie des principes de justice réparatrice. Cela va permettre aux juges d'individualiser la peine, au moins dans les cas où le crime n'est pas suffisamment grave pour exiger que la peine soit principalement axée sur la dissuasion et sur la dénonciation. La justice réparatrice comporte un autre aspect qui est plus rigoureux pour les délinquants. La Cour a souligné le fait que les sanctions réparatrices n'étaient pas légères et qu'elles étaient susceptibles d'humilier et de stigmatiser les délinquants en plus de les obliger à indemniser les victimes. Comme nous l'examinons plus loin, ces obligations peuvent être particulièrement onéreuses si elles sont mises en œuvre par le biais du sursis à l'emprisonnement. L'objectif de réinsertion sociale peut même encourager les juges à ordonner le sursis à l'emprisonnement pour répondre aux besoins du délinquant, sans qu'ils prennent vraiment en compte le caractère coercitif de la mesure, ni les conséquences des manquements aux conditions prévues ou leur probabilité. La notion de justice réparatrice telle que formulée par la Cour et son intérêt pour l'emprisonnement avec sursis comme mesure permettant de réaliser la justice réparatrice risque d'aggraver les peines, en particulier si, comme nous l'avons examiné ci-dessus, l'emprisonnement avec sursis est écarté pour les affaires graves.

La justice réparatrice et l'indemnisation des victimes et de la collectivité

Les textes qui font de la justice réparatrice un principe pénologique sont les al. 718*e*) et *f*) du *Code criminel*. La notion d'indemnisation des victimes et de la collectivité est essentielle à la justice réparatrice telle que définie par la Cour, mais ces dispositions sont très ambiguës et la Cour n'en a toujours pas précisé le sens.

L'importance relative accordée à l'indemnisation et à la reconnaissance du tort causé aux victimes d'une part et à la collectivité de l'autre est une question importante. Dans ce dernier cas, on risque facilement de privilégier les aspects punitifs plus traditionnels qui prennent principalement en compte le rapport entre le délinquant et l'État. Autrement dit, l'idée de réparer le tort causé à la collectivité pourrait déboucher sur une idée plus punitive selon laquelle le délinquant doit payer sa dette envers la collectivité, par le biais d'une amende ou d'une autre sanction.[24]

La place qui sera accordée à la réparation envisagée par l'al. 718*e*), à la reconnaissance du tort causé et à l'acceptation de la responsabilité prévues à l'al. 718*f*) est une autre question importante. Il sera bien souvent plus facile au délinquant de réaliser les objectifs énoncés à l'al. 718*f*) que

[24] K. Roach, « Crime Victims and Sentencing » in D. Stuart *et al*, éd., *Towards A Clear and Just Criminal Law: A Criminal Reports Forum* (Toronto: Carswell, 1999), p. 513 à 519; T. Quigley, « Are We Doing Anything about the Disproportionate Jailing of Aboriginal People? » (1999) 42 Crim. L.Q. 129.

ceux de l'al. 718*e*). Il y a en effet le risque que les juges définissent étroitement la réparation prévue par l'al. 718*e*) comme une réparation pécuniaire sous forme de restitution. Dans *RAR*, la Cour a déclaré que le versement d'une somme de 10 000 $ par l'employeur à l'employée qu'il avait agressé physiquement et sexuellement « militait en faveur de la poursuite d'objectifs de justice corrective et, par conséquent, en faveur du prononcé d'une peine d'emprisonnement avec sursis. » [25] La Cour indique ensuite que l'objectif correctif de l'indemnisation « n'était pas important au point d'écarter le besoin d'infliger une peine d'incarcération d'un an afin de dénoncer et dissuader suffisamment ce genre de crime ».[26]

L'affaire *RAR* soulève de nombreuses questions intéressantes au sujet de la conception qu'a la Cour de la justice réparatrice et de la capacité des tribunaux à rechercher la justice réparatrice. La première est celle de savoir s'il y a beaucoup de délinquants qui seraient, comme l' « entrepreneur prospère » de l'arrêt *RAR*, en mesure de verser une indemnité de 10 000 $. Si l'on tient compte de la décision de la Cour dans l'arrêt *Bunn* qui a maintenu le sursis à l'emprisonnement pour un abus de confiance commis par un avocat[27], l'on peut se demander s'il n'y a pas un biais socioéconomique ou un biais de classe sociale dans le recours à l'emprisonnement avec sursis, en particulier si la réparation se limite au versement d'une somme d'argent. J'ai déjà soutenu que la réparation est un objectif important de la peine, mais qu'il faut absolument mettre sur pied un programme de travaux compensatoires qui permette aux délinquants moins fortunés d'indemniser quand même leur victime :

> La notion de travaux compensatoires qu'envisage l'art. 736 pourrait également être utilisée en cas de restitution, pour que le contrevenant impécunieux puisse exécuter une ordonnance de restitution en effectuant des travaux pour rembourser la somme que l'État a peut-être versée initialement à la victime du crime. Tous les délinquants, quelle que soit leur classe sociale, devraient avoir la possibilité de réparer le tort qu'ils ont causé à leurs victimes. Les dispositions relatives à la restitution et à l'indemnisation des victimes devraient être harmonisées pour que l'on puisse utiliser des fonds publics pour compléter ou avancer les sommes qu'un délinquant pourrait verser à titre de restitution.[28]

L'arrêt *RAR* est très intéressant parce qu'il y avait dans cette affaire d'autres formes de mesures réparatrices (en plus de l'indemnité de 10 000 $) qu'on aurait pu essayer, mais qui n'ont pas été envisagées. Dans cette affaire, la victime avait été agressée physiquement et sexuellement, mais elle avait fait également l'objet de commentaires dégradants devant d'autres personnes. Il n'est malheureusement pas possible de savoir ce que souhaitait la victime ou si celle-ci aurait accepté de parler à son agresseur. Si l'on avait tenu une réunion au cours de laquelle l'agresseur aurait rencontré la victime accompagnée de personnes lui apportant un réconfort, reconnu les conséquences graves du tort qu'il lui avait causé et exprimé un repentir sincère, cela aurait-il réglé la situation? La Cour d'appel qui a ordonné le sursis à l'emprisonnement n'a pas formulé de conditions réparatrices imposant uniquement 100 heures de travaux communau-

[25] *R.* c. *R.A.R.*, (2000), 30 C.R. (5th) 49 (C.S.C.), par. 30. Voir également l'al. 718*f*) du *Code criminel* et l'arrêt *Proulx* précité, note 4, par. 30.

[26] *Ibid.*

[27] *R.* c. *Bunn* (2000), 30 C.R. (5th) 86 (C.S.C.).

[28] K. Roach, « Crime Victims and Sentencing », précité, note 23, p. 517.

taires, la détention à domicile et la participation à un cours destiné aux délinquants sexuels. Ces conditions visaient toutes l'agresseur et aucunement la victime. Le juge L'Heureux Dubé, parlant au nom de la majorité de la Cour, a noté qu' « un bon nombre de membres de la communauté de l'intimé l'appuyaient et avaient tendance à rejeter l'idée qu'il ait pu commettre l'infraction dont il avait été déclaré coupable. » [29] Une réunion soigneusement structurée qui aurait débouché sur des excuses officielles et publiques aurait peut-être répondu à ces préoccupations légitimes et peut-être envoyé aux personnes les plus directement concernées « un message suffisamment fort » [30] au sujet du caractère inacceptable de ce genre de comportement et des conséquences qu'il entraîne. Les possibilités qu'offrait la justice réparatrice n'ont pas été exploitées dans l'arrêt *RAR*.

J'estime qu'il est possible d'amener les délinquants à assumer leur responsabilité pour les crimes graves qu'ils ont commis et de réaliser efficacement les objectifs de dissuasion et de dénonciation en ayant recours aux principes de la justice réparatrice. Il est toutefois important de noter que ces possibilités n'ont pas été vraiment explorées dans l'arrêt *RAR*. Même la Cour d'appel qui a formulé l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement s'est principalement attachée à répondre aux besoins du délinquant et non pas à ceux de la victime. La décision de la Cour suprême annulant l'emprisonnement avec sursis reflète l'idée que seule l'incarcération est susceptible de répondre aux objectifs de dénonciation et de dissuasion pour les crimes graves. Elle examine l'indemnisation sur la seule base d'une indemnité pécuniaire et n'explore pas la possibilité qu'une réunion bien structurée qui aurait pu amener le délinquant à reconnaître publiquement le préjudice causé à la victime et sa responsabilité morale et sociale, et non seulement pécuniaire, à l'égard des torts qu'il lui avait causés.

La justice réparatrice, la stigmatisation et l'humiliation

La Cour n'a pas examiné la possibilité de tenir une conférence axée sur la réparation dans une affaire comme *RAR*, mais elle mentionne une idée controversée à savoir qu'un des éléments de la justice réparatrice est l'usage qu'elle fait de la stigmatisation et de l'humiliation. La notion de stigmatisation et d'humiliation joue un rôle important dans les analyses universitaires qui portent sur la justice réparatrice. D'un côté, John Braithwaite a soutenu que l'humiliation pouvait être une force importante et positive, mais uniquement si elle est utilisée en vue de la réinsertion sociale du contrevenant.[31] Par contre, Dan Kahan a soutenu que l'humiliation pourrait avoir des effets très importants, mais davantage parce qu'elle impose publiquement une stigmatisation et une humiliation plutôt qu'en tant que préalable à la réinsertion sociale.[32]

Quelle est la position de la Cour suprême sur cette question très controversée et émotive de l'humiliation et de la stigmatisation? Dans *Proulx*, le juge en chef Lamer a déclaré : « Il ne faut pas sous-estimer les stigmates d'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement assortie de la détention à domicile. Le fait que le délinquant vive dans la collectivité sous des conditions strictes et que ses voisins soient bien au fait de son comportement criminel peut, dans bien des cas, produire un effet dénonciateur suffisant. Dans certaines circonstances, en raison de la honte que le délinquant ressent lorsqu'il rencontre des membres de la collectivité, il peut même être plus difficile pour ce dernier de purger sa

[29] *R.A.R.*, précité, note 24, par. 29.
[30] *Ibid.*, par. 28.
[31] Voir J. Braithwaite, « Shame and Criminal Justice » (2000) Can. J. Crim. [à paraître].
[32] Voir D. Kahan, « Punishment Incommensurability » (1998) 1 Buffalo Crim. L.R. 490.

peine au sein de la collectivité qu'en prison. »[33] Cette façon de concevoir l'humiliation du délinquant se rapproche davantage de la stigmatisation que de la réintégration du délinquant et du soutien dont il a besoin. Cette conception pourrait même amener certains juges de première instance à imposer des peines qui auraient recours à des formes d'humiliation publique. Ces mesures ont été populaires aux États-Unis et pourraient fort bien apparaître au Canada.

D'autres passages des motifs du juge en chef Lamer paraissent plus favorables à une humiliation visant la réintégration du délinquant. Par exemple, il parle de l'importance d'obliger le délinquant à « assumer la responsabilité de ses actes et à réparer les torts qu'il a causés à la victime et à la collectivité, tout en vivant au sein de celle-ci et étant assujetti à des mesures de contrôle serrées. »[34] Ce passage laisse entrevoir la possibilité qu'une telle mesure ne vise pas uniquement l'humiliation et la stigmatisation du délinquant, mais également sa réintégration s'il reconnaît sa responsabilité et répare ses torts.[35] La façon dont la Cour suprême conçoit le rôle de l'humiliation et de la stigmatisation est très ambiguë.

La stigmatisation et l'humiliation sont par nature des notions sociales. La Cour suprême affirme également que la détention à domicile et le couvre-feu devraient être habituellement imposés dans le cadre de conditions punitives. Le fait d'être détenu à domicile et d'être obligé de revenir chez soi à l'heure où les gens commencent à sortir est une mesure antisociale. Certains types de détention à domicile semblent viser à isoler le délinquant de la population, à part sa famille immédiate. Braithwaite et d'autres soutiennent que cela prive certains délinquants de l'influence positive que pourraient exercer sur leur comportement certaines personnes et se fondent sur une conception irréaliste de l'« environnement normal » que les délinquants vont éventuellement réintégrer. Les effets de la détention à domicile sur les femmes sont mal connus. Il est possible que la détention à domicile d'un contrevenant augmente le risque que sa compagne subisse des mauvais traitements.

La justice réparatrice et la réinsertion sociale

Dans son analyse de la justice réparatrice, la Cour aborde un autre aspect important, celui du lien qui existe, d'après elle, entre la justice réparatrice et l'objectif de réinsertion sociale du délinquant. La justice réparatrice semble donc faire revivre l'objectif de la réinsertion sociale qui avait perdu toute popularité depuis le rapport de la commission Ouimet publié en 1969. Les mesures réparatrices entraînent rarement l'incarcération et la réintégration du délinquant ne repose pas sur l'idée incertaine selon laquelle les établissements correctionnels peuvent réhabiliter les délinquants. La Cour a clairement indiqué qu'un emprisonnement avec sursis qui obligerait le délinquant à recevoir un traitement pour sa toxicomanie constituerait une mesure réparatrice même si la victime ou son représentant ne participe pas à cette mesure. L'enthousiasme tout récent de la Cour pour la réinsertion sociale est un élément important de la façon dont elle conçoit la justice réparatrice et il faudra approfondir cette question.

---

[33] *Proulx*, précité, note 4, par. 105.

[34] *Ibid.*, par. 41.

[35] Dans *R.* c. *Laliberté*, précité, note 13, par. 48, le juge Vancise insiste également sur ce point lorsqu'il définit la justice réparatrice de la façon suivante : « la création d'un environnement favorisant le changement, la guérison et la réconciliation des délinquants, des victimes et des collectivités. C'est la condamnation d'un comportement criminel et non pas de ses auteurs et l'intégration des délinquants dans la collectivité plutôt que leur stigmatisation ou leur marginalisation. »

Le danger est que ce renouveau d'intérêt pour la réinsertion sociale risque d'entraîner une aggravation des peines. Les juges seront tentés d'imposer des conditions réparatrices et axées sur la réinsertion sociale à des délinquants qui n'auraient pas été incarcérés autrement pour la raison qu'ils ont « besoin » de se voir imposer de telles conditions. Des conditions imposant un traitement ou des études, en particulier si elles s'appliquent sur des périodes très longues, risquent fort de ne pas être respectées. Cela vaut particulièrement pour les conditions qui interdisent au délinquant d'avoir en sa possession des boissons alcooliques et d'en consommer. Les objectifs louables de la justice réparatrice qui cherchent à répondre aux besoins des délinquants, des victimes et des collectivités entraîneront inévitablement des échecs et des rechutes. Par exemple, les délinquants qui auraient « besoin » de suivre un traitement intensif de désintoxication risquent de ne pas suivre le traitement jusqu'au bout. Les délinquants qui ont « besoin » d'une formation en gestion de la colère ou en choix de mode de vie pourraient se mettre en colère et ne pas se présenter à leur séance de formation. S'ils font l'objet d'un sursis à l'emprisonnement, ils risquent de ne pas en respecter les conditions très rapidement et d'être ainsi emprisonnés pour une durée supérieure à celle à laquelle ils auraient été condamnés au départ. Il faut espérer que l'enthousiasme pour la justice réparatrice ne nous fera pas commettre à nouveau les erreurs que notre enthousiasme pour la réinsertion sociale nous a déjà fait commettre.

La justice réparatrice et la modération

La Cour a également relié la justice réparatrice à la modération dans le recours à l'incarcération. Dans *Gladue*, la Cour a rapproché les objectifs réparateurs du régime des peines et les données concernant le nombre élevé de détenus au Canada et en particulier du nombre anormalement élevé de détenus autochtones. Les juges Cory et Iacobucci ont fait remarquer ce qui suit : « il se peut que le recours excessif à l'incarcération au Canada résulte en partie de l'idée que l'approche corrective est moins sévère à l'égard du crime et que l'emprisonnement est le plus grand châtiment. » [36] L'idée que la modération dans le recours à l'incarcération est reliée à la justice réparatrice et à l'emprisonnement avec sursis a des répercussions pour ce qui est de l'aggravation des peines. Dans l'arrêt *Wells*, le lien entre les principes de modération générale et particulière énoncé à l'al. 718.2*e*) et la notion de justice réparatrice qui est implicite dans les al. 718*e*) et *f*) est encore renforcé lorsque le juge Iacobucci déclare que l'al. 718.2*e*) « a un objet réparateur qui vise tous les délinquants, en ce qu'il met l'accent sur le concept de justice corrective, méthode de détermination de la peine qui cherche à rétablir l'harmonie qui existait avant les actes de l'accusé. Encore une fois, le caractère approprié de la peine sera évalué en fonction des besoins des victimes, du délinquant et de la collectivité dans son ensemble. » [37] On pourrait également voir dans la notion de modération l'idée qu'il faut utiliser chaque fois que cela est possible toutes les mesures substitutives à l'incarcération, y compris des mesures qui ne visent pas des objectifs correctifs ou de réinsertion sociale.

IV. Les délinquants autochtones

Dans *Wells*, la Cour reprend l'idée formulée dans *Gladue* et l'al. 718.2*e*) qu'il faut, dans le cas des délinquants autochtones, utiliser une méthodologie différente de celle qui est appliquée aux délinquants non autochtones lorsqu'il s'agit de prononcer une peine. Dans le même souffle,

[36] *Gladue*, précité, note 1, par. 72.
[37] *Wells*, précité, note 12, par. 36.

la Cour déclare que dans les cas très graves, le résultat sera le même. Dans cette affaire, la Cour a confirmé une peine de 20 mois d'emprisonnement infligée à un délinquant autochtone condamné pour agression sexuelle. James Wells avait fait l'objet d'un rapport présentenciel favorable qui recommandait l'emprisonnement avec sursis et indiquait qu'il ne constituait pas un danger s'il réussissait à maîtriser son alcoolisme. Le juge de première instance a néanmoins conclu que l'incarcération s'imposait pour le motif que la peine imposée pour un crime grave comme l'agression sexuelle devait viser la dissuasion et la dénonciation. La Cour suprême a jugé que cette peine n'était pas déraisonnable.

Le juge Iacobucci a déclaré : « ... plus violente et grave sera l'infraction, plus grande sera la probabilité que la peine appropriée ne différera pas en pratique entre les délinquants autochtones et les délinquants non-autochtones, étant donné que, dans de telles circonstances, les objectifs de dénonciation et de dissuasion se voient accorder une importance plus grande. » [38] Cela revient à dire que seule l'incarcération permet de réaliser les objectifs de dénonciation et de dissuasion, affirmation au sujet de laquelle il est permis de s'interroger, compte tenu de la situation dans laquelle se trouvent bien souvent les Autochtones. Cela n'interdit pas toutefois aux juges de démontrer que les sanctions réparatrices peuvent favoriser la dissuasion et la dénonciation pour certaines infractions. Comme cela a été suggéré plus haut, dans des affaires comme *RAR*, une mesure réparatrice bien exécutée permettrait de réaliser ces objectifs pénologiques, tout en veillant à ce que le délinquant reconnaisse et assume la responsabilité de ses actes.

Dans *Wells*, la Cour n'a pas écarté la possibilité qu'une peine non privative de liberté puisse se justifier en grande partie, dans le cas d'un crime grave, si la collectivité a décidé de s'attaquer aux activités criminelles liées à des problèmes sociaux, « l'agression sexuelle par exemple, en insistant sur les objectifs de justice corrective, malgré la gravité des infractions en cause. » [39] Dans des cas comme le Cercle de guérison de Hollow Water où la collectivité a consacré des ressources énormes pour essayer de lutter contre les agressions sexuelles, un phénomène répandu dans ce groupe, la Cour pourrait accepter une peine non privative de liberté pour des infractions graves. En l'absence d'intervention communautaire particulière, l'incarcération demeure peut-être la norme pour les délinquants autochtones déclarés coupables d'infractions graves.

L'arrêt *Wells* laisse entendre que l'absence de traitement et d'autres programmes peut constituer un facteur qui justifie l'incarcération dans les cas graves. Le fait qu'on semble avoir refusé à l'accusé de participer au traitement de la Tsuu T'ina Nation Spirit Healing Lodge parce qu'il avait été déclaré coupable d'agression sexuelle et l'absence de « programme de traitement des délinquants sexuels » dans sa collectivité constituaient des facteurs qui justifiaient son incarcération.[40] Cette affirmation va peut-être pousser les collectivité à mettre sur pied des programmes, au moins dans les cas les plus graves. Les contraintes existant en matière de programmes pour ce qui est de leur existence et de leur capacité, risque de compromettre l'effet de l'arrêt *Gladue* et de l'al. 718.2*e*). Il est possible de voir dans l'arrêt *Gladue* une invitation à examiner toutes les mesures substitutives à l'incarcération même si elles ne comportent pas

[38] *Ibid.*, par. 42.
[39] *Ibid.*, par. 50.
[40] *Ibid.*, par. 52.

d'éléments culturels ou réparateurs et même s'il n'existe pas de programmes destinés particulièrement aux Autochtones. Il semble par contre que l'arrêt *Wells* indique que la collectivité en question doit avoir mis sur pied des programmes permettant de lutter contre l'infraction en cause, du moins quand elle est particulièrement grave.

Un autre obstacle risque de se poser à l'application de l'arrêt *Gladue* : la possibilité de recourir au sursis à l'emprisonnement lorsque cela mettrait en danger la sécurité de la population. La Cour suprême a indiqué qu'il faut examiner le risque de récidive et la gravité du préjudice qui serait causé dans ce cas. La Cour laisse entendre que les antécédents judiciaires et, notamment en matière de violation d'ordonnance judiciaire, peuvent indiquer que le délinquant en question ne respectera pas les conditions de son sursis à l'emprisonnement.[41] Ces conditions risquent d'empêcher de prononcer l'emprisonnement avec sursis dans le cas des délinquants autochtones. Parallèlement, la Cour a cependant indiqué que les tribunaux devraient examiner la possibilité d'imposer des conditions qui assuraient la sécurité de la collectivité. « Par exemple, il est possible que le tribunal veuille prononcer, à l'endroit d'un délinquant souffrant d'une dépendance à la drogue, une condamnation à l'emprisonnement avec sursis assortie d'une ordonnance de participation à un programme de traitement, malgré le fait que le délinquant possède de nombreux antécédents judiciaires liés à cette dépendance, dans la mesure toutefois où il estime que les chances de réadaptation sont bonnes et que le degré de surveillance sera suffisant pour assurer l'observation par le délinquant des conditions de son ordonnance de sursis à l'emprisonnement. »[42] Là encore, cela va dépendre énormément des mesures de surveillance existantes au sein de la collectivité, étant donné que le tribunal a déclaré que « dans le cas où le degré de surveillance exercé au sein de la collectivité n'est pas suffisant pour assurer la sécurité de celle-ci, le tribunal devrait ordonner l'incarcération. »[43]

La possibilité d'éviter l'incarcération pour les délinquants autochtones qui ont commis des crimes graves va dépendre des ressources existant dans la collectivité et de la capacité des juges de première instance de démontrer que les sanctions réparatrices constituent une sanction proportionnelle aux crimes graves et qu'elles favorisent les objectifs de dissuasion et de dénonciation des crimes dans la collectivité. Dans les autres cas, les délinquants autochtones subiront peut-être les effets de l'aggravation des peines que risquent de subir les délinquants en général, et même peut-être davantage dans leur cas particulier. Les juges seront peut-être tentés d'imposer des conditions réparatrices et axées sur la réinsertion sociale à des délinquants autochtones qui n'auraient pas été autrement incarcérés. Ces conditions peuvent être imposées pour des durées plus longues en raison des « besoins » du délinquant. Lorsque les conditions sont restrictives et d'application prolongée, elles risquent de ne pas être respectées. Ces conditions risquent, dans un nombre de cas disproportionnés, de ne pas être respectées par les délinquants autochtones et de l'être plus rapidement à cause de divers facteurs, notamment la discrimination systémique dont ils font l'objet de la part des services de police et de libération conditionnelle. Les juges vont suivre la présomption énoncée par la Cour suprême dans *Proulx* et ils seront enclins à ordonner aux délinquants autochtones qui n'ont pas respecté les conditions de leur sursis de purger en prison le reste de leur peine d'emprisonnement. Compte

[41] *Proulx*, précité, note 4, par. 70.
[42] *Ibid.*, par. 72.
[43] *Ibid.*, par. 73.

tenu de la possibilité que l'emprisonnement avec sursis soit plus long que la peine d'emprisonnement correspondante, cela pourrait même augmenter la surreprésentation des délinquants autochtones dans les prisons.[44]

Conclusion

La Cour n'a certes pas interdit l'emprisonnement avec sursis parce que cette mesure ne constituerait pas une réponse proportionnée aux crimes graves commis par les délinquants autochtones et autres, mais elle a indiqué que l'incarcération est souvent justifiée dans ce genre de cas en raison des objectifs de dissuasion et de dénonciation. L'emploi du sursis à l'emprisonnement comme une véritable mesure substitutive à l'incarcération dépendra principalement des circonstances locales, notamment de l'existence de programmes de traitement et axés sur la justice réparatrice et de la façon dont les juges et les procureurs utiliseront leur pouvoir discrétionnaire.

La Cour a certes indiqué que l'emprisonnement avec sursis ne devrait être ordonné qu'à titre de substitut à une peine d'emprisonnement, mais il existe des raisons de penser que la répression risque de continuer à s'aggraver, notamment à cause des répercussions involontaires des décisions prononcées récemment par la Cour suprême. Les délinquants vont devoir respecter des conditions punitives et réparatrices plus rigoureuses, pour des périodes plus longues que s'ils avaient été incarcérés. Pour les délinquants autochtones en particulier, cela augmente les risques de manquement à ces conditions. La Cour a formulé la présomption voulant que les délinquants qui ne respectent pas ces conditions doivent être incarcérés pour le reste de la durée de l'emprisonnement initial. Contrairement à l'intention du Parlement et de la Cour suprême, l'emprisonnement avec sursis pourrait fort bien augmenter la fréquence du recours à l'incarcération pour les Autochtones et les autres délinquants.

[44] K. Roach & J. Rudin, « *Gladue*: The Judicial and Political Reception of a Promising Decision »(2000) Can. J. Crim. [à paraître].

L'ÉNIGME DU SPHINX : L'EMPRISONNEMENT AVEC SURSIS APRÈS L'ARRÊT DE LA *R.* C. *PROULX* DE LA COUR SUPRÊME[1]

Julian V. Roberts

Professeur de criminologie, Université d'Ottawa

INTRODUCTION

Plus de 40 000 peines d'emprisonnement avec sursis ont été prononcées[2] en près de quatre ans et la Cour suprême vient de donner dans cet arrêt des directives claires sur la façon d'utiliser cette nouvelle peine. Le jugement unanime prononcé dans l'arrêt *Proulx*[3] porte sur quatre grandes questions : (i) qu'est-ce que l'emprisonnement avec sursis? (ii) comment doit être formulée l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement? (iii) comment les tribunaux doivent-ils sanctionner les manquements injustifiés aux conditions d'une telle ordonnance? et (iv) quelles sont les catégories d'infractions (et de contrevenants) pour lesquels l'emprisonnement avec sursis est particulièrement approprié (ou particulièrement inapproprié)? Je vais examiner dans le présent exposé la réponse qu'a apportée la Cour aux trois premières questions. Chaque fois que cela est possible, je vais exposer la position adoptée par la Cour dans l'arrêt *Proulx* en l'accompagnant des résultats provenant des recherches empiriques effectuées jusqu'ici sur l'emprisonnement avec sursis.

La première question mentionnée ci-dessus peut sembler très simple : l'article 742.1 du *Code criminel* prévoit un cadre législatif relativement clair, qui comprend des conditions et des exclusions. Cette clarté masque toutefois une certaine souplesse. Comme cela est noté dans le jugement : « Il existe, tant au sein des membres de la magistrature que du grand public, une certaine confusion relativement à la différence entre le sursis à l'emprisonnement et le sursis au prononcé de la peine avec mise en probation ».[4] La Cour s'est donc efforcée de préciser la place qu'occupe l'emprisonnement avec sursis dans la gamme des peines. Elle a ainsi été amenée à établir une distinction nette entre la condamnation avec sursis et probation et l'emprisonnement avec sursis. En opposant l'emprisonnement avec sursis à la probation, la Cour a été obligée de rapprocher cette nouvelle peine d'une peine d'emprisonnement purgée dans un établissement provincial. En bref, après l'arrêt *Proulx*, il faut s'attendre à ce que les ordonnances de sursis à l'emprisonnement soient plus rigoureuses mais pas, d'après nous, aussi sévères que certains le craignent.

[1]Je suis très reconnaissante au professeur Patrick Healy de m'avoir fourni des commentaires éclairants sur les questions examinées dans cette étude. La présente étude est inspirée d'une conférence donnée au Ottawa Conditional Sentencing Seminar, tenue à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa le 27 mai 2000.

[2]Ministère de la Justice, *La condamnation à l'emprisonnement avec sursis : aperçu des résultats de la recherche* par J. Roberts & C. La Prairie (Ottawa : ministère de la Justice du Canada, Direction de la recherche et de la statistique, 2000), tableau 3.1.

[3]*R.* c. *Proulx* [2000], S.C.J. nº 6, 140 C.C.C. (3d) 449, 30 C.R. (5th) 1 (C.S.C.).

[4]*Proulx*, précité, par. 23. Les sondages confortent l'opinion exprimée par la Cour. Une enquête nationale effectuée en 1999 a permis de constater que la plupart des Canadiens n'étaient pas en mesure de répondre à une question simple à choix multiple concernant l'emprisonnement avec sursis (voir T. Sanders et J. Roberts, « Public attitudes toward conditional sentencing: Results of a national survey », Revue canadienne des sciences du comportement [à paraître en l'an 2000].

1. La nature de l'emprisonnement avec sursis

Le nombre des conditions et leur nature déterminent la sévérité de l'emprisonnement avec sursis

Il est loin d'être facile de mesurer la sévérité de l'emprisonnement avec sursis par rapport à celle des autres peines. En raison de sa nature variable, la sévérité d'une peine assortie de conditions dépend de la nature des conditions imposées et de la sanction apportée judiciairement au manquement à ces conditions. C'est pourquoi il est difficile de situer l'emprisonnement avec sursis dans la gamme des peines, pour ce qui est de sa sévérité.

La sévérité d'une peine de prison dépend principalement de sa durée (si l'on met de côté pour le moment la question du type de détention, un élément qui a des répercussions sur le détenu). Une peine de prison d'un an est, toute chose étant égale par ailleurs, plus lourde qu'une peine de six mois d'emprisonnement ou de six mois de probation. Par contre, la question de savoir si une peine d'emprisonnement de six mois avec sursis est plus ou moins sévère qu'une peine d'emprisonnement de 12 mois avec sursis dépend du nombre, de la nature et du caractère rigoureux des conditions dont ces deux ordonnances sont assorties. C'est une des raisons pour lesquelles il est impératif de disposer de données statistiques exactes sur les conditions facultatives qui accompagnent les ordonnances de sursis. Il est regrettable que pour le moment l'on connaisse le nombre des ordonnances de sursis prononcées[5], mais Statistique Canada ne recueille pas de données sur la nature des conditions dont sont assorties les ordonnances.

L'emprisonnement avec sursis est une sanction mixte, différente de toutes les autres

Depuis l'introduction de cette peine en 1996, des interprétations contradictoires au sujet de la nature de l'emprisonnement avec sursis ont été formulées. Pour certains, il s'agit d'une mesure de substitution réparatrice et communautaire à l'incarcération. D'autres ont adopté une interprétation plus conservatrice et considèrent que cette nouvelle sanction est une forme d'incarcération (et donc une sanction comprenant un élément afflictif) qui est purgée dans la collectivité, tout comme la libération conditionnelle est une forme d'emprisonnement même si le détenu n'est pas en fait incarcéré dans un établissement correctionnel.

Le juge en chef Lamer indique clairement dans l'arrêt *Proulx* que l'emprisonnement avec sursis est une sanction mixte, qui comporte à la fois des aspects punitifs *et* des aspects réparateurs. Le jugement mentionne que l'emprisonnement avec sursis « permet généralement de réaliser plus efficacement que l'incarcération les objectifs de justice corrective que sont la réinsertion sociale du délinquant, la réparation des torts causés aux victimes et à la collectivité et la prise de conscience par le délinquant de ses responsabilités. Cependant, elle est également une sanction punitive propre à permettre la réalisation des objectifs de dénonciation et de dissuasion » (souligné dans l'original).[6]

Il est difficile de qualifier cette sanction en raison de la combinaison des caractéristiques qu'elle contient, comme c'est le cas pour les autres peines mixtes : le sphinx est-il un lion avec des traits humains ou un homme avec des traits léonins? Le centaure est-il plus cheval

[5]Pour de plus amples renseignements sur l'emprisonnement avec sursis, voir J. Thomas, « Adult Correctional Services in Canada, 1998-99 » (2000) 20:3 Juristat; M. Reed et J. Roberts, « Adult Correctional Trends in Canada, 1997-98 » (1999) 19:4 Juristat.

[6]*Proulx*, précité, par. 22.

qu'homme? Parallèlement, la nature mixte de l'emprisonnement avec sursis en fait une sanction souple qui peut s'adapter (si elle est correctement formulée, voir la discussion ci-dessous) à une large gamme de délinquants.

L'arrêt *Proulx* indique clairement que l'emprisonnement avec sursis doit comporter un élément punitif. Cela vient du fait qu'à la différence de la probation ou des autres peines communautaires, l'emprisonnement avec sursis est une peine d'emprisonnement et doit donc, à ce titre, remplir la fonction de l'incarcération. Si l'on veut que le sursis à l'emprisonnement comporte un élément afflictif équivalent à celui de l'incarcération, il faut nécessairement qu'il comporte certaines caractéristiques de la détention (comme l'imposition de restrictions rigoureuses au mode de vie du délinquant).

L'emprisonnement avec sursis ne privilégie ni l'aspect afflictif ni l'aspect réparateur

Le fait que l'emprisonnement avec sursis doive comporter un élément punitif ne veut pas dire que c'est une peine afflictive associée à des caractéristiques réparatrices secondaires, comme certains commentateurs l'ont affirmé[7], tout comme les centaures ne peuvent être qualifiés de « principalement » humains, même s'ils ont des corps de chevaux. Il est vrai que la Cour a souligné le fait que le sursis à l'emprisonnement doit avoir un aspect punitif, mais cela ne veut certainement pas dire que l'emprisonnement avec sursis est *principalement* de nature punitive. En fait, le juge en chef évite soigneusement d'accorder la prépondérance aux aspects punitifs ou réparateurs. L'affirmation la plus claire se trouve dans le résumé du jugement dans lequel on peut simplement lire ceci : « ... le législateur a voulu que l'emprisonnement avec sursis vise à la fois des objectifs punitifs et des objectifs de réinsertion sociale » .[8] On peut voir là le refus de privilégier l'un ou l'autre de ces aspects.[9] En fin de compte, le caractère plus ou moins réparateur ou punitif de l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement dépend de la nature des conditions facultatives dont elle est assortie.

L'interprétation de la Cour est fondée sur la formulation initiale de la sanction

La façon dont la Cour interprète l'article 742 nous ramène au dilemme auquel étaient confronté les architectes de la réforme du régime des peines de 1996. Ils auraient pu donner un autre nom à la sanction introduite dans le projet de loi C-41. Si l'on avait défini l'emprisonnement avec sursis comme « probation avec surveillance renforcée » ou « peine communautaire intensive » ou une expression semblable, il n'aurait pas été nécessaire d'assortir cette sanction d'un élément punitif. On aurait ainsi évité le débat sur la question de savoir si l'emprisonnement avec sursis est une peine d'emprisonnement ou non. Il aurait toutefois été très dangereux de créer une mesure substitutive de ce genre. Il n'aurait pas été certain que les juges auraient utilisé la nouvelle sanction pour remplacer les peines d'emprisonnement au lieu de l'ajouter à ces dernières. *Pour que l'emprisonnement avec sursis permette de réaliser l'objectif énoncé par le législateur*

[7]Voir P. Healy, « The Punitive Nature of the Conditional Sentence », à paraître dans le prochain numéro de la Revue du Barreau canadien.

[8]*Proulx*, précité, par. 127.

[9]Il semble que dans d'autres parties du jugement les aspects réparateurs se voient accorder la prépondérance, étant donné que l'aspect punitif est parfois mentionné en dernier lieu : « [l'emprisonnement avec sursis] donne au tribunal la possibilité de façonner une peine assortie de conditions appropriées qui pourra mener – d'une manière que ne le permettait pas l'incarcération – à la réinsertion sociale du délinquant, à la réparation des torts causés à la collectivité et à la prise de conscience par le délinquant de ses responsabilités. Toutefois, il s'agit également d'une sanction punitive » (*Ibid.*, par. 99).

consistant à réduire le nombre des incarcérations, il faut que cette sanction vienne remplacer l'emprisonnement et non pas s'y ajouter. À titre de mesure de remplacement, cette sanction doit avoir la même valeur pénale que l'emprisonnement ou du moins, une valeur comparable.

L'article 742.1 indique clairement qu'avant de prononcer l'emprisonnement avec sursis, le tribunal doit avoir décidé d'infliger une peine d'emprisonnement.[10] Si les juges respectent cette directive, tous les délinquants qui font l'objet d'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement auraient, avant l'adoption de cette nouvelle mesure, purgé une peine d'emprisonnement dans un établissement provincial. La recherche indique que ce n'est pas ce qui s'est produit; il semble que bien souvent, l'emprisonnement avec sursis ait été imposé à des délinquants qui auraient été placés en probation. Comment expliquer autrement le fait que les tribunaux aient prononcé plus de 40 000 ordonnances de sursis à l'emprisonnement et que le nombre des détenus provinciaux n'ait pas diminué?[11] En donnant à la nouvelle sanction le nom de condamnation à l'emprisonnement, le ministère fédéral de la Justice a créé une sanction que les tribunaux sont obligés de considérer comme ayant en partie un aspect punitif, *puisqu'il s'agit d'une forme d'emprisonnement.*

Après avoir précisé la nature de l'emprisonnement avec sursis, le juge en chef entreprend dans l'arrêt *Proulx* de résoudre un certain nombre de questions concernant le prononcé des ordonnances de sursis. Ce sont des questions pratiques comme celle de savoir si l'emprisonnement avec sursis peut avoir une durée plus longue que la peine d'incarcération qu'il remplace. Après *Proulx*, les juges auront une idée beaucoup plus claire de la nature de l'emprisonnement avec sursis et devraient être mieux armés pour utiliser cette sanction. C'est une bonne chose puisque le jugement réaffirme très clairement la nécessité de faire preuve de retenue à l'égard des décisions des juges de première instance. Cette affirmation va certainement renforcer l'autonomie des tribunaux en matière de prononcé de la peine.

2. MODIFICATIONS APPORTÉES AUX PRATIQUES EN MATIÈRE D'EMPRISONNEMENT AVEC SURSIS

Les changements qu'introduit l'arrêt *Proulx* touchent trois aspects de l'emprisonnement avec sursis : la durée, les conditions et les manquements. Je vais rapidement examiner l'impact qu'auront probablement les changements apportés à ces trois aspects.

a) La durée : la durée de l'emprisonnement avec sursis peut désormais être plus longue que celle de la peine d'emprisonnement à laquelle il se substitue

Après avoir déclaré que le sursis à l'emprisonnement n'est pas, dans la plupart des cas, l'équivalent pénal d'une peine d'emprisonnement, il était inévitable que la Cour écarte l'obligation de faire correspondre parfaitement l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement à la durée de la peine d'emprisonnement à laquelle elle se substitue.[12] En fait, certaines décisions et certains

[10] « Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction – autre qu'une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévu – est condamné à un emprisonnement de moins de deux ans... »

[11] Les premières données indiquent que l'adoption de l'emprisonnement avec sursis n'a pas modifié les admissions dans les établissements provinciaux. Par exemple, dans l'année qui a précédé la création de l'emprisonnement avec sursis, 35 p. 100 des peines comportaient une période d'emprisonnement. Deux ans plus tard, après le prononcé de plus de 22 000 ordonnances de sursis à l'emprisonnement, le taux d'incarcération était toujours de 35 p. 100. Voir M. Reed et J. Roberts, « Adult Correctional Services in Canada, 1997-98 » , précité, note 5.

[12] « ... il n'est pas nécessaire qu'il y ait équivalence entre la durée de l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement et la durée de la peine d'emprisonnement qui aurait autrement été infligée » (*Proulx*, précité, par. 127).

articles de revues spécialisées avaient déjà défendu ce point de vue et l'article 742 n'exclut aucunement la possibilité de prononcer une ordonnance de sursis à l'emprisonnement dont la durée est supérieure à la peine d'emprisonnement envisagée initialement.

Il est toutefois bon de noter que le jugement n'*oblige* pas les juges à prolonger la durée de l'emprisonnement avec sursis au delà de la peine d'emprisonnement qui aurait été prononcée initialement; il *permet* uniquement à la première durée de dépasser la seconde. Le passage essentiel est le suivant : « Lorsque, à la première étape, le tribunal détermine qu'une peine d'emprisonnement de « x mois » est justifiée, cela signifie que cette peine est proportionnelle. Si, à la seconde étape, il décide que la peine en question peut être purgée au sein de la collectivité, il est *possible* que la peine ne soit plus proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant » (nos italiques).[13]

Bien souvent, voire dans la plupart des cas, l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement a une durée comparable à celle de l'incarcération qui aurait été imposée au délinquant. Le jugement ne propose pas non plus l'application d'un rapport sommaire de deux ou trois à un, comme cela a été proposé pour tenir compte de la détention préalable au procès. La Cour est également sensible au rapport qui existe entre le caractère rigoureux ou contraignant de l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement et sa durée. L'imposition d'une ordonnance de sursis assortie de nombreuses conditions punitives restreignant étroitement la liberté du délinquant doit normalement faire disparaître la nécessité de prolonger la durée d'application de l'ordonnance. En fait, plus les conditions se rapprochent de celles d'une détention dans un établissement correctionnel, plus il est probable que la durée de l'emprisonnement avec sursis va se rapprocher de celle de la peine d'emprisonnement qui aurait été autrement prononcée.

Lorsqu'ils fixent la durée de l'ordonnance d'emprisonnement avec sursis, les juges vont soigneusement tenir compte du fait que tout manquement injustifié aux conditions de l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement entraînera probablement la détention du délinquant (compte tenu de la directive énoncée dans le jugement concernant les manquements – voir plus loin). En remplaçant une peine d'emprisonnement de six mois dans un établissement correctionnel par une ordonnance de sursis à l'emprisonnement de 18 mois, on risque fort de trop restreindre la liberté du délinquant et de provoquer la violation des conditions imposées. En outre, étant donné que le nombre et la sévérité des conditions facultatives a été augmenté, il est peu probable que le fait de ne plus faire coïncider la durée de l'ordonnance avec celle de l'incarcération ne risque pas d'avoir un effet sensible sur la durée moyenne des ordonnances. Pour diverses raisons, nous n'allons pas assister à la multiplication par deux ou par trois de la durée de l'emprisonnement avec sursis, même s'il est possible que la durée moyenne de ces ordonnances augmente. Enfin, les rares données statistiques que nous possédons à ce sujet laissent entendre que l'arrêt *Proulx* ne fait que reconnaître ce qui s'est souvent produit en première instance (en Ontario du moins), à savoir que la durée des ordonnances de sursis à l'emprisonnement avant l'arrêt *Proulx* était sensiblement plus longue que celle de l'incarcération imposée pour la même infraction.[14]

[13] *Ibid.*, par. 54.

[14] Voir J.Roberts et D. Antonowicz, *Conditional Sentences of Imprisonment and Terms of Probation: An Empirical Comparison* (Ottawa : Département de criminologie, Université d'Ottawa, 2000).

b) La nature des conditions imposées

Les conditions seront plus nombreuses et plus restrictives

C'est dans le domaine des conditions facultatives que l'arrêt *Proulx* a suscité les critiques les plus vives de la part des universitaires. Après avoir établi que l'emprisonnement avec sursis doit être plus punitif que la probation, la Cour a précisé les façons d'y parvenir : « ... une ordonnance de sursis à l'emprisonnement devrait généralement être assortie de conditions punitives restreignant la liberté du délinquant. Des conditions comme la détention à domicile ou des couvre-feu stricts devraient être la règle plutôt que l'exception » .[15] Et plus loin : « Le juge qui rend une ordonnance de sursis à l'emprisonnement sans l'assortir de conditions punitives devrait exposer la raison particulière expliquant cette décision. » [16]

La directive de la Cour devrait avoir en général comme effet d'amener les juges à assortir les ordonnances de sursis à l'emprisonnement de conditions facultatives très restrictives. La Cour ne disposait pas de données empiriques sur le nombre et la nature des conditions imposées, mais les quelques données disponibles indiquent que la détention à domicile et le couvre-feu (en Ontario du moins) n'ont été jusqu'ici imposés que dans un petit nombre d'emprisonnements avec sursis.[17] Il existe bien entendu une raison qui explique les hésitations des juges à ordonner que le délinquant reste chez lui après une certaine heure. Faute de ressources suffisantes pour le surveiller, il est impossible de vérifier si un couvre-feu est respecté et il est très tentant de manquer à des conditions impossibles à vérifier, ce qui risque d'attirer davantage l'attention des médias et les critiques de la population. La surveillance électronique résout la question de la vérification, mais cette option n'existe pas encore dans la plupart des provinces et territoires du Canada. En énonçant clairement que la détention à domicile et le couvre-feu rigoureux doivent être la règle et non pas l'exception, la Cour a, dans l'arrêt *Proulx*, envoyé aux gouvernements provinciaux un message dépourvu d'ambiguïté : pour que cette peine soit efficace, il faut lui consacrer les ressources nécessaires.[18] Nous ne pouvons qu'espérer que le message a été bien reçu et qu'il sera suivi d'effets.

c) La sanction judiciaire d'un manquement injustifié

Une fois établi le manquement aux conditions de l'ordonnance, l'incarcération sera la règle

Le paragraphe 742.6(1) accorde aux juges une discrétion considérable pour ce qui est de la façon de sanctionner les manquements injustifiés aux conditions d'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement. Le tribunal peut ordonner que le délinquant soit incarcéré jusqu'à la fin de la peine d'emprisonnement, ou pour une partie de celle-ci, il peut ne pas agir ou modifier les conditions facultatives. Avec un tel éventail d'options, il n'est pas surprenant que la Cour ait jugé bon de fournir certains conseils destinés à guider l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Le message formulé dans l'arrêt *Proulx* ne pourrait être plus clair : « ... lorsque le délinquant enfreint sans excuse raisonnable une condition de son ordonnance de sursis à l'emprisonnement,

[15] *Proulx*, précité, par. 36.

[16] *Ibid.*, par. 37.

[17] Voir J. Roberts, D. Antonowicz et T. Sanders, « Conditional Sentences of Imprisonment: An Empirical Analysis of Optional Conditions » (2000) 30 C.R. (5th), p. 122, tableau 2.

[18] Certains éléments indiquent que les juges s'abstiennent de prononcer l'emprisonnement avec sursis pour cette raison que les moyens de surveillance existants sont insuffisants.

il devrait y avoir présomption à l'effet qu'il doit alors purger le reste de sa peine en prison » .[19] En bref, la Cour recommande aux tribunaux d'appliquer la sanction la plus sévère, une fois établi un manquement injustifié.

Il est toutefois très possible que l'arrêt *Proulx* n'ait pas dans l'avenir sur la question de la sanction judiciaire de manquement l'effet que certains commentateurs ont décrit. Le juge en chef a certes clairement indiqué que l'incarcération pour le reliquat de la peine devait être la règle, mais il existe, par définition, de nombreuses exceptions à cette règle. En outre, l'arrêt *Proulx* ne limite aucunement le pouvoir discrétionnaire que possèdent les juges en cas de manquement; ils ont toujours la même possibilité de modifier les conditions facultatives ou de renvoyer simplement le délinquant dans la collectivité. En outre, l'augmentation du nombre (et de la sévérité) des conditions facultatives risque d'atténuer la présomption en faveur de l'incarcération en cas de manquement. Les juges sont des personnes pratiques et ne voudront peut-être pas incarcérer un délinquant qui n'a pas respecté sans excuse valable une seule condition (surtout si elle est mineure), alors qu'il a respecté toutes les autres conditions, qu'elles soient obligatoires ou facultatives.

Enfin, il est également possible que les agents de surveillance de l'emprisonnement avec sursis soient plus indulgents qu'avant l'arrêt *Proulx* à l'égard d'allégations de manquement. Cette affirmation d'appuie sur deux raisons. Tout d'abord, les agents de probation vont savoir que les conditions facultatives imposées aux contrevenants qui purgent un emprisonnement avec sursis vont être plus nombreuses et plus rigoureuses. Deuxièmement, si les agents de surveillance estiment qu'une fois établis, les manquements vont presque certainement entraîner l'incarcération du délinquant, ils vont peut-être avoir tendance à décider eux-mêmes s'il y a lieu de demander à l'État d'intervenir et feront peut-être semblant de ne pas voir les violations des conditions facultatives de moindre importance.

3. RAPPORT ENTRE LA DURÉE, LES CONDITIONS ET LA SANCTION DES MANQUEMENTS INJUSTIFIÉS

Pour résumer, les ordonnances de sursis à l'emprisonnement vont probablement être plus sévères, leur durée va être allongée et les manquements seront traités plus sévèrement qu'ils ne l'étaient avant l'arrêt *Proulx*. Il est important de noter que les directives fournies par la Cour dans ces trois domaines sont cohérentes : les conditions dont sont assorties l'ordonnance de sursis vont être plus rigoureuses, mais cela risque de supprimer la nécessité d'en prolonger la durée d'application. Par contre, si le juge estime qu'un petit nombre de conditions suffisent, il pourra prolonger la durée de l'ordonnance pour préserver le principe de proportionnalité et d'harmonisation dans le prononcé de la peine.[20] De plus, s'il est possible que les juges sanctionnent plus sévèrement les manquements aux conditions de ces ordonnances, ils conservent le pouvoir de modifier les conditions (peut-être en structurant davantage le mode de vie du délinquant) et de renvoyer celui-ci purger le reste de sa peine dans la collectivité.

Il y a lieu de faire un dernier commentaire au sujet du renforcement du caractère répressif de l'emprisonnement avec sursis, tel qu'il découle de l'arrêt *Proulx*. Les commentateurs qui critiquent le jugement pourraient soutenir que le fait d'imposer des conditions plus nombreuses (et plus rigoureuses) marque un changement important (et gratuit) par rapport aux pratiques

[19] *Proulx*, précité, par. 39.
[20] *Ibid.*, par. 54.

judiciaires antérieures. Cette analyse part toutefois du principe selon lequel l'emprisonnement avec sursis tel qu'imposé par les juges auparavant était « approprié » . C'est une affirmation qui appelle un débat. Ce n'est que parce que la plupart des ordonnances d'emprisonnement avec sursis imposées jusqu'ici ressemblaient davantage à des ordonnances de probation renforcées (pour ce qui est des conditions facultatives imposées[21]) que l'arrêt *Proulx* semble « répressif » . Si le jugement avait été prononcé en janvier 1997, avant que les juges de première instance n'aient prononcé toute une série d'ordonnances de sursis, les directives formulées par la Cour suprême auraient peut-être joui d'un meilleur appui auprès des partisans de l'emprisonnement avec sursis.

Examinons brièvement dans cette perspective les directives données dans l'arrêt *Proulx* aux juges. Prenons le cas d'un délinquant condamné à une peine d'un an de prison et à qui on permet de purger cette peine dans la collectivité (pourvu qu'il respecte un certain nombre de conditions). Supposons qu'après six mois, le délinquant viole sans justification ces conditions. Si l'on suppose également que les conditions n'étaient pas déraisonnables au départ et que le délinquant a fait l'objet d'une surveillance appropriée, peut-on dire que l'État est trop sévère s'il incarcère cet individu pour une partie de la peine qui reste à courir?

Prenons aussi la directive de la Cour qui demande l'imposition d'un couvre-feu, à titre de condition facultative, pour la plupart des ordonnances de sursis.[22] Prenons, par exemple, le cas d'un délinquant qui aurait été autrement détenu dans un établissement correctionnel provincial. Ce délinquant n'aurait pu quitter l'établissement et sa liberté aurait fait l'objet de nombreuses restrictions, y compris les repas et les visites à heures fixes, les perquisitions imprévisibles de sa cellule, l'obligation de respecter toute une série de règles de conduite dont la violation peut être sévèrement sanctionnée et entraîner le report de sa libération conditionnelle. L'emprisonnement avec sursis permet au délinquant de purger sa peine dans la collectivité, chez lui. Est-il déraisonnable d'obliger le délinquant à rester chez lui après, disons, 20 heures? Le rayon d'action du délinquant demeure malgré tout considérable si on le compare à celui dont il bénéficierait dans un établissement.

La justification des changements apportés à l'emprisonnement avec sursis

Les changements que la Cour recommande d'apporter à l'emprisonnement avec sursis sont importants parce qu'ils rappellent aux juges quel est le point de départ du choix de la peine : l'énoncé des objectifs et principes des peines que l'on trouve aux articles 718 à 718.2 du *Code*. L'article 718.1 est la disposition essentielle. La proportionnalité est le principe fondamental du régime des peines au Canada et des autres pays de common law. En fait, ce principe sous-tend la jurisprudence, tout comme les conceptions populaires de la justice. Comme le juge Rosenberg l'a noté dans *R.* c. *Priest*, « le principe de proportionnalité découle des notions d'équité et de justice » .[23] Le législateur a supprimé toute ambiguïté qui pouvait exister au sujet du rôle fondamental de la proportionnalité lorsqu'il a codifié le principe et l'a qualifié d' « essentiel » . Les changements que préconise la Cour pour l'article 742 ont pour effet d'éloigner davantage l'emprisonnement avec sursis de la probation (et de le rapprocher d'une peine d'emprisonnement). Cette directive comporte comme avantage qu'elle va aider à préserver les principes de proportionnalité et d'harmonisation des peines,

[21]Voir J. Roberts, D. Antonowicz et T. Sanders, précité, note 17, tableau 2.
[22]*Proulx*, par. 36.
[23]110 C.C.C. (3d) 289 (C.A. Ont.), p. 297.

principes qui sont maintenant codifiés dans la partie XXIII.

Le principe de proportionnalité exige que la sévérité de la peine corresponde à celle de l'infraction, et dans une mesure moindre, du degré de culpabilité du délinquant. Lorsqu'un tribunal prononce le sursis à l'emprisonnement en l'assortissant de conditions mineures dans une affaire qui aurait autrement entraîné l'incarcération du délinquant, il ne respecte pas le principe de la proportionnalité. De la même façon, si des délinquants se trouvant dans une situation comparable reçoivent l'un, une peine d'emprisonnement de moins de deux ans et l'autre un emprisonnement avec sursis de durée égale et assorti d'un petit nombre de conditions facultatives, cela est contraire aux principes de l'harmonisation des peines. Les directives que fournit la Cour au sujet de l'article 742 sont donc conformes à l'énoncé des objectifs et des principes du prononcé de la peine que l'on retrouve aux articles 718 à 718.2.

4. Effets de l'arrêt *Proulx* sur le nombre des sursis à l'emprisonnement ordonnés

En fin de compte, la grande question est de savoir si les directives de la Cour suprême vont avoir pour effet d'augmenter ou de réduire le recours à l'emprisonnement avec sursis. Si ce recours diminue, cela démontrera que cette mesure ne permet pas de réduire l'utilisation de l'incarcération. Après tout, nous l'avons noté, l'emprisonnement avec sursis n'a pas entraîné une baisse du pourcentage des peines privatives de liberté.[24] Certains commentateurs s'inquiètent de l'effet qu'aura l'arrêt *Proulx* sur le recours à l'emprisonnement avec sursis. Allan Manson, notamment, soutient que le nombre des ordonnances d'emprisonnement avec sursis va diminuer.[25]

Pour ma part, je ne suis pas convaincu que ce jugement aura l'effet paralysant prédit par le professeur Manson, et ce, pour deux raisons. La première est qu'avant l'arrêt *Proulx*, nombreux étaient les juges qui estimaient que l'emprisonnement avec sursis n'avait pas un effet dissuasif et dénonciateur suffisant.[26] La Cour a répondu aux préoccupations des sceptiques et fourni des conseils pratiques sur la façon de transmettre ce message, même dans les cas graves où il existe des facteurs aggravants prévus par la loi. Deuxièmement, la Cour a réaffirmé vigoureusement le principe de retenue envers les juges de première instance.[27] Comme le juge Rosenberg l'a noté : « il paraît évident que la Cour suprême a demandé aux cours d'appel de s'abstenir d'intervenir trop fréquemment dans le processus de détermination de la peine ».[28] Cela pourrait inciter les juges à faire preuve de davantage de créativité dans la formulation et le prononcé de l'emprisonnement avec sursis.

---

[24]M. Reed & J. Roberts, précité, note 11.

[25]Voir A. Manson, « L'emprisonnement avec sursis : l'approche canadienne à la réforme du régime des peines ou un autre saut dans l'inconnu » , dans le présent volume.

[26]Par exemple, d'après un sondage national, un tiers des juges seulement pensent que l'emprisonnement avec sursis est aussi efficace qu'une peine d'incarcération en matière de dissuasion et de dénonciation; voir ministère de la Justice, *Attitudes des juges face à la condamnation avec sursis : résultats du sondage national* de J.Roberts, A. Doob et c. Marinos (Ottawa : ministère de la Justice Canada, 2000), tableau 5.

[27]Le jugement utilise des termes on ne peut plus clairs sur ce point : « Les juges disposent d'un large pouvoir discrétionnaire pour choisir la peine appropriée. Les cours d'appel doivent faire montre de beaucoup de retenue à l'égard de ce choix. » (*Proulx*, précité, par. 127).

[28]M. Rosenberg, « Developments in Sentencing: the Legal Framework » (Séminaire de l'Institut national de la magistrature, Terre-Neuve, le 2 juin 2000 [non publié].

5. L'emprisonnement avec sursis et l'opinion publique

La façon dont la population réagit au recours à l'emprisonnement avec sursis est une question qui ne va pas perdre de son importance. En fait, l'on peut dire qu'avec l'arrêt *Proulx*, cette réaction va avoir un effet encore plus important. Pourquoi l'opinion publique est-elle pertinente ici? La réponse se trouve dans l'objectif fondamental du prononcé des peines énoncé à l'article 718 du *Code criminel*, qui dispose que : « le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer... *au respect de la loi* » (nos italiques). Lorsqu'on impose l'emprisonnement avec sursis assorti de conditions mineures dans le cas d'une infraction contre la personne, la population risque d'y voir une mesure peu différente de la probation et une autre preuve que les tribunaux ne sont pas suffisamment sévères. Ce genre de cas sape le respect des citoyens à l'égard du prononcé des peines. Certains éléments démontrent clairement que les médias ont utilisé pour rapporter l'infliction de l'emprisonnement avec sursis des termes qui ne peuvent qu'aviver l'opposition de la population à cette mesure.[29]

Le juge en chef aborde la question de la réaction de la population et y voit une raison pour que l'emprisonnement avec sursis soit plus sévère que la probation et nettement différent de celle-ci :

> Si aucune distinction n'est établie entre l'emprisonnement avec sursis et la probation, ces délinquants se verront infliger non pas une peine d'emprisonnement, mais plutôt, dans les faits, une ordonnance de probation considérablement moins sévère. Des peines aussi clémentes n'auraient pas un effet suffisamment dénonciateur et dissuasif, et elles ne seraient pas acceptées par le public. L'article 718 précise que l'objectif essentiel de la détermination de la peine est « de contribuer [. . .] au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre ». L'infliction de peines inadéquates nuit au respect de la loi. En conséquence, il importe de distinguer l'emprisonnement avec sursis de la probation en assortissant l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement de conditions à caractère punitif.[30]

L'opposition de la population à l'emprisonnement avec sursis est souvent surévaluée

Avant d'aller plus loin, il est bon de signaler un autre aspect important à propos duquel l'arrêt *Proulx* reflète les résultats de la recherche empirique. En 1999, on a sondé les Canadiens pour savoir quelle était leur réaction à l'emprisonnement avec sursis.[31] On a demandé aux gens de choisir entre des peines qui pourraient être infligées à un délinquant convaincu d'introduction par effraction. On demandait aux répondants de répondre à une des formulations de la question. Dans la version « A » , on demandait aux participants d'examiner le cas suivant : « *Le tribunal doit infliger une peine à un délinquant qui s'est introduit par effraction dans une quincaillerie et qui a volé 1 500 $. Il a déjà commis des infractions semblables.* » On leur disait également ceci : « *Le juge essaie de choisir entre une peine d'emprisonnement de six mois et un emprisonnement de six mois avec sursis qui sera purgé dans la collectivité.* »

On a donné à un deuxième groupe de répondants une description identique à laquelle on avait

[29]Voir par exemple, « Sexual Assault Victims Slam Law that Set Molester Free » (« Les victimes d'agression sexuelle s'en prennent à la loi qui remet les agresseurs en liberté ») *Ottawa Sun* (13 mars 1999); « Sentence Sparks Outrage » (« Une peine choquante ») *Calgary Herald* (1er mars 2000); « The victim suffers more than the attacker » (« La victime souffre plus que l'agresseur ») *London Free Press* (18 janvier 2000).

[30]*Proulx*, précité, par. 30.

[31]On trouvera d'autres renseignements sur ce sondage dans T. Sanders et J.Roberts, précité, note 11.

ajouté quelques conditions facultatives. On a indiqué ce qui suit aux répondants : « *Si le délinquant reçoit une ordonnance de sursis, il sera obligé de rester chez lui tous les soirs après 19 heures et les fins de semaine. Il sera en outre tenu de rembourser l'argent qu'il a volé, de faire des travaux communautaires et de se rapporter aux autorités deux fois par semaine pendant six mois.* » La deuxième condition, à savoir le couvre-feu et l'obligation de se rapporter aux autorités correspond étroitement aux directives fournies dans l'arrêt *Proulx* au sujet de l'emprisonnement avec sursis. Ainsi, cette mesure est manifestement plus sévère qu'une ordonnance de probation qui ne serait pas assortie de conditions aussi nombreuses.

Ces résultats apportent un appui considérable à l'hypothèse de base. En l'absence de toute mention des conditions facultatives, les répondants choisissent l'infliction d'une peine d'emprisonnement par rapport à l'emprisonnement avec sursis dans un rapport de près de trois contre un (72 % en faveur de l'incarcération, 28 % en faveur de l'emprisonnement avec sursis). Lorsque les conditions de l'ordonnance sont mentionnées aux répondants, la tendance est complètement renversée : 35 p. 100 seulement des répondants sont favorables à l'incarcération et 65 p. 100 à l'emprisonnement avec sursis. La leçon semble claire. L'ajout de conditions rigoureuses comme l'obligation de se rapporter fréquemment aux agents de surveillance et les couvre-feu comportent deux avantages : a) ces conditions permettent de distinguer clairement l'emprisonnement avec sursis de la probation et b) elles renforcent l'appui qu'accorde la population à cette mesure.[32]

Il existe un deuxième motif, peut-être moins direct, qui, après l'arrêt *Proulx*, devrait inciter les juges à tenir compte de l'opinion de leur collectivité. Cela concerne l'importance accordée à l'exercice de retenue envers les décisions de première instance. Comme nous l'avons noté, la Cour a réitéré la position adoptée dans *R.* c. *M.(C.A.)*[33] selon laquelle les juges de première instance sont beaucoup mieux placés que ceux des cours d'appel pour choisir la sanction appropriée. La raison en est que le juge de première instance est en mesure d'entendre directement les observations formulées par les avocats de la défense et de la Couronne au sujet des peines proposées, d'apprécier plus exactement la gravité de l'infraction et de situer l'affaire qu'il entend parmi celles qu'il a déjà jugées.

Il existe toutefois dans l'arrêt *Proulx* une autre directive qui concerne le rôle de la collectivité et qui découle non pas des lignes directrices énoncées dans le jugement, mais de l'application des faits de l'affaire à l'origine de l'appel. Le jugement mentionne que « les juges qui président les procès vivent plus près de leur collectivité et savent davantage *ce qui serait acceptable* » (nos italiques).[34] Cette phrase semble suggérer que l'attitude de la population face à l'emprisonnement avec sursis peut jouer un rôle dans l'octroi de cette mesure ainsi que dans les modalités précises dont elle est accompagnée.[35]

Si les juges de première instance interprètent cette directive de cette façon, cela pourrait avoir des effets pervers. Cela entraînerait certainement une augmentation des écarts dans le recours à l'emprisonnement avec sursis. En outre, la position adoptée par la Cour se fonde sur le fait

[32]Voir également c. Marinos et A. Doob, « Understanding Public Attitudes Toward Conditional Sentences of Imprisonment » (1999), 21 C.R. (5th), p. 31 à 41.

[33][1996] 1 R.C.S. 500, 105 C.C.C. (3d) 327, 46 C.R. (4th) 269.

[34]*Proulx*, précité, par. 131.

[35]Ce point m'a été signalé par M. Allen Edgar.

que les juges vivant dans une collectivité donnée, ils sont capables, même en l'absence de mécanismes officiels, de déterminer si un emprisonnement avec sursis sera acceptable pour la population. Les juges n'ont pas d'antenne privilégiée leur permettant de prendre le pouls de leur collectivité. En fait, on peut soutenir que leur expérience professionnelle leur rend plus difficile la tâche de savoir si la collectivité est prête à accepter un emprisonnement avec sursis à l'égard d'une infraction grave contre la personne.

Le juge Renaud fait très bien ressortir ce point dans son étude où il aborde le rôle de l'opinion de la collectivité : « En tenant pour acquis que je peux vraiment tenir compte de ces sentiments, la question demeure : comment dois-je faire pour prendre le pouls de la collectivité? Dois-je lire les rapports publiés dans les médias, écouter les lignes ouvertes ou consulter un site web? Mes voisins sont-ils représentatifs de la collectivité? »[36] Même les politiciens locaux et les rédacteurs en chef de journaux qui ont davantage de contacts avec les membres de la population, pourrait-on penser, n'ont pas accès à un système leur permettant d'établir quelles sont les opinions de la population sur les sanctions acceptables.

En résumé, un emprisonnement avec sursis non accompagné de conditions punitives risque fort de susciter des critiques de la part de la population, en particulier s'il est prononcé dans le cas d'un sévice grave à la personne. Les gens risquent fort de voir là une autre forme de probation. L'arrêt *Proulx* répond à cette préoccupation générale dans les directives qu'il fournit concernant la nature de l'emprisonnement avec sursis et la sanction que doivent imposer les tribunaux en cas de manquement. Cependant, aller jusqu'à soutenir que les juges devraient tenir compte de la réaction de leur collectivité lorsqu'ils envisagent de prononcer le sursis à l'emprisonnement est à mon avis une mesure rétrograde et dangereuse. Cela risque d'introduire un élément de populisme dans le régime des peines, effet tout à fait indésirable, et d'aggraver le problème des écarts injustifiés en matière de prononcé des peines.

6. Un paysage pénal transformé

Si l'on veut modifier la réaction sociale au crime pour qu'elle favorise les mesures réparatrices et non plus la punition, il faut accepter que cette transformation ne puisse se faire que graduellement. Le sursis à l'emprisonnement sera peut-être un outil judiciaire très utile pour favoriser cette transformation, mais ce n'est pas une sanction qui va révolutionner rapidement le régime des peines. Il n'est pas possible de renforcer du jour au lendemain l'aspect réparateur des sanctions pénales et cette évolution va certainement entraîner une certaine résistance. Si l'on veut convaincre les membres de la magistrature, et même le public, de l'intérêt de ces mesures, il faut qu'elles soient à la fois raisonnables et applicables en pratique.

Si le système pénal souhaite remplacer la peine d'emprisonnement (sauf pour les contrevenants qui représentent un danger grave pour la collectivité), il doit prévoir une mesure substitutive qui remplit les fonctions de l'incarcération sans qu'il soit nécessaire de détenir le contrevenant. Les peines d'emprisonnement sont d'une utilité limitée pour ce qui est de la dissuasion et d'aucune utilité pour ce qui est de la réparation et de la réinsertion sociale. Par contre, pour dénoncer un comportement criminel coupable, pour exprimer la réprobation de la société, l'incarcération est sans égal. Cela dit, il n'existe pas de lien naturel entre la prison et la réprobation sociale, ce n'est qu'une association qui s'est forgée au cours des siècles.

[36] G. Renaud, « La nature changeante de l'emprisonnement avec sursis : le prononcé de la peine vu des premières lignes » dans le présent volume.

Le lien entre la prison et la peine qui existe dans l'esprit des citoyens va sûrement évoluer. En fait, il est déjà en train de changer. Il existait auparavant un rapport tout aussi fort entre la dissuasion et l'emprisonnement. Lorsque les peines physiques et les exécutions publiques ont été remplacées par l'emprisonnement, on a soutenu qu'il fallait que les délinquants potentiels craignent d'être détenus pendant de longues périodes pour les dissuader de commettre des infractions. L'efficacité limitée de l'emprisonnement pour ce qui est de la dissuasion a été reconnue par diverses commissions d'enquête[37], par les cours d'appel[38], ainsi que par les universitaires.

Nous réussirons un jour à marquer la réprobation de la société à l'égard des conduites blâmables en ayant recours à des moyens qui n'exigent pas que le délinquant soit retiré de la collectivité. On arrivera à le faire même pour les sévices graves à la personne. La solution réside dans l'élaboration systématique de mesures pénales équivalentes, un sujet sur lequel le juge Cole a récemment attiré notre attention.[39] Lorsque les sanctions communautaires « équivalentes » seront acceptées, l'emprisonnement sera très rarement imposé[40]; cette mesure sera exclusivement prononcée pour protéger la société, de la même façon que l'on a rarement recours aux ordonnances civiles pour mettre en quarantaine les personnes qui posent un risque pour la santé de la collectivité. Les délinquants seront incarcérés principalement pour protéger la société et rarement pour dénoncer leurs actes. À court terme, un objectif plus modeste serait peut-être de réduire peu à peu le recours aux peines privatives de liberté. C'est là la fonction que joue l'emprisonnement avec sursis.

L'apport que peut contribuer le sursis à l'emprisonnement à un processus qui serait davantage axé sur les peines communautaires est clair : il va favoriser l'acceptation par le public et par les professions juridiques de la notion de peine purgée dans la collectivité. C'est pourquoi l'arrêt *Proulx* va peut-être jouer un rôle crucial dans ce processus. Le juge en chef Lamer a très clairement indiqué que l'emprisonnement avec sursis peut, s'il est correctement formulé et administré, permettre de réaliser les objectifs de dénonciation et de dissuasion. Cela paraît peut-être évident aux partisans de la justice réparatrice et des initiatives de ce genre, mais pour de nombreux professionnels de la justice pénale et un nombre non négligeable de membres de la collectivité, c'est un message qui peut les surprendre.

Conclusions

En 1996, le législateur a créé la condamnation à l'emprisonnement avec sursis dans l'intention déclarée de réduire le nombre des admissions dans les établissements provinciaux en utilisant un mécanisme sûr et axé sur les principes.[41] Quatre ans plus tard, les recherches indiquent que cette intention ne s'est pas encore concrétisée. L'arrêt *Proulx* a été critiqué par certains commentateurs parce qu'il transformait une sanction réparatrice en une sanction punitive, mais il

[37]Commission canadienne sur la détermination de la peine : *Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine, réformer la sentence : Une approche canadienne* (Ottawa : Approvisionnements et Services Canada, 1987).

[38]*R.* c. *Biancofiore* (1997), 119 C.C.C. (3d) 344, 10 C.R. (5th) 200, 35 O.R. (3d) 782 (C.A. Ont.).

[39]M. le juge David Cole, « What a mesh we're in: Conditional Sentences after the first three years » (Regional Seminar of the Ontario Court of Justice, automne 1999) [non publié].

[40]Il est bon de rappeler qu'à l'heure actuelle, l'emprisonnement est prononcé dans plus du tiers (35 %) des peines infligées dans les juridictions pénales pour adultes au Canada (J. Roberts et C. Grimes, « Adult Criminal Court Statistics, 1998/99 » (2000) 20:1 Juristat, p. 10.

[41]Comme la Cour suprême l'a reconnu dans *R.* c. *Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 39.

représente peut-être plutôt une étape importante dans la réalisation de l'intention du législateur. L'emprisonnement avec sursis va très probablement devenir une peine de durée plus longue et plus rigoureuse. En outre, les délinquants peuvent s'attendre à être sanctionnés plus sévèrement par les tribunaux s'ils manquent aux conditions de ce genre d'ordonnance sans excuse raisonnable. Cet arrêt ne vise toutefois pas simplement à rendre plus sévère une sanction communautaire. Il cherche plutôt à « intégrer » cette nouvelle sanction et à préciser le processus à suivre pour l'infliger.

Bien entendu, de nombreuses questions restent sans réponse, dont certaines sont préoccupantes :

- La retenue dont il faut faire preuve à l'égard des décisions de première instance reconnue dans l'arrêt *Proulx*[42] va-t-elle aggraver les écarts entre les peines qui existaient avant cet arrêt?

Le seuil d'intervention a manifestement été relevé avec l'arrêt *Proulx*. Le juge en chef y revient à plusieurs reprises : « Encore une fois, je souligne que les cours d'appel ne doivent pas remettre en question la décision du juge qui prononce la peine à moins que celle-ci ne soit *manifestement inappropriée* »[43] (nos italiques). Avec une telle directive, on peut se demander si les cours d'appel vont souvent être saisies d'appels sur sentence? Il est ironique qu'un jugement d'appel établissant des lignes directrices puissent avoir pour effet de réduire le nombre des sentences faisant l'objet d'un appel et qu'il restreigne ainsi le rôle que jouent les cours d'appel en matière de pratiques sentencielles.

En 1988, le professeur Alan Young a examiné le rôle des cours d'appel en matière de pratiques sentencielles pour la Commission canadienne sur la détermination de la peine. Il en est arrivé à la conclusion suivante : « Les juridictions inférieures ne tiennent non seulement aucun compte des principes émis par les cours d'appel, mais elles manifestent une certaine hostilité à l'idée d'être guidées par les cours d'appel pour ce qui est du choix de la sentence. »[44] Plus de dix ans après, l'indépendance des juges de première instance se trouve encore renforcée. Il en résultera inévitablement une aggravation des écarts entre les peines. Le juge Vancise a déclaré ce qui suit sur cette question et ses paroles sont peut-être prophétiques : « Cette retenue manifestée à l'égard des appels sur sentence risque de déboucher sur des peines plus nettement individualisées et elle risque, par conséquent, d'aggraver la disparité qui existe entre les peines ».[45]

- Le gouvernement fédéral va-t-il résister aux pressions de nature politique exercées pour qu'il adopte une liste d'infractions non susceptibles de donner lieu au prononcé de l'emprisonnement avec sursis?

Un projet de loi d'initiative parlementaire a été présenté l'année dernière dans lequel le député demandait la modification de l'article 742.1 en vue d'interdire l'emprisonnement avec sursis à l'égard de 28 sévices graves à la personne et plusieurs infractions en matière de stupéfiants.[46]

---

[42]Rappelons que dans cinq des six affaires relatives à l'emprisonnement avec sursis dont avait été saisie la Cour suprême, la décision de première instance a été confirmée par la Cour.

[43]*Proulx*, précité, par. 125.

[44]A. Young, Élaboration de lignes directrices en matière de détermination de la peine : le rôle d'une cour d'appel (Ottawa : ministère de la Justice Canada, 1988), p. 92.

[45]*R.* c. *Laliberté*, [2000] S.J. No.138, par. 14.

[46]Projet de loi C-302, *Loi modifiant le Code criminel (condamnation à l'emprisonnement avec sursis)*, 2e sess., 36e Parl., 1999 (1ère lecture le 3 novembre 1999).

D'autres politiciens ont présenté des propositions semblables. Il est curieux de constater que l'on parle tant de ces listes alors que le Parlement et la Cour suprême ont tous deux écarté cette idée. Je pense que l'adoption d'une liste énumérant les infractions exclues saperait l'intention initiale du législateur et constituerait un affront à la Cour et serait l'expression d'un manque de confiance envers les juges de première instance.[47]

L'avenir de l'emprisonnement avec sursis : l'importance d'investir dans la surveillance et dans la recherche

Le cadre légal initial a maintenant été modifié (deux fois) et la Cour suprême a prononcé à l'unanimité un jugement d'orientation. L'attention va maintenant se porter sur les aspects concrets du prononcé de la peine par les tribunaux de première instance. Les juges vont tenter de concilier la mise en œuvre des directives données par la Cour et l'imposition d'un certain nombre de conditions aux délinquants purgeant un emprisonnement avec sursis, qui vont rendre probables plutôt que simplement possibles les manquements à ces ordonnances. Les premières données au sujet du nombre des manquements aux ordonnances de sursis à l'emprisonnement (avant l'arrêt *Proulx*) émanant d'une province (la Colombie-Britannique) sont analysées dans un autre chapitre du présent rapport et les résultats ne sont pas encourageants. Dans sa recherche, Dawn North rapporte un taux de manquement de près de 50 p. 100 des ordonnances prononcées, et cela avant l'arrêt *Proulx*.[48] Le pourcentage des manquements devrait augmenter légèrement après l'arrêt *Proulx*, parce que le nombre (et la rigueur) des conditions imposées va augmenter lui aussi.

Pour ce qui est du succès que pourra avoir finalement cette nouvelle sanction, la question essentielle est celle de savoir si les gouvernements provinciaux vont fournir à leurs services de probation les ressources nécessaires pour pouvoir surveiller efficacement les délinquants qui purgent leur emprisonnement avec sursis dans la collectivité. Mais cela est un autre débat.

[47] L'arrêt *Proulx* n'a pas empêché le ministère du Procureur général de l'Ontario d'émettre une note de service qui demande au procureur de la Couronne de la province de s'opposer à l'emprisonnement avec sursis pour toute une série d'infractions, qui comprend « les infractions sexuelles ayant causé un préjudice psychologique ou physique » (Ontario, ministère du Procureur général, Direction du droit pénal, note de service, *Le recours à l'emprisonnement avec sursis* PM [2000] nº 6, 24 avril 2000).

[48] D. North, « Analyse empirique de l'emprisonnement avec sursis en Colombie-Britannique » [dans le présent volume].

LA COUR SUPRÊME DU CANADA EXAMINE L'EMPRISONNEMENT AVEC SURSIS[1]

Gregory J. Tweney

Avocat, Bureau des procureurs de la Couronne – Droit pénal
Ministère du Procureur général de l'Ontario

INTRODUCTION

Le nouveau projet de loi sur la réforme du régime des peines (projet de loi C-41) est entré en vigueur le 3 septembre 1996. Ce projet de loi se substitue complètement à la partie XXIII du *Code criminel*, qui traite des règles applicables au Canada en matière de prononcé des peines. Ce projet de loi a été par la suite qualifié par la Cour suprême du Canada d' « étape majeure, soit la première codification et la première réforme substantielle des principes de détermination de la peine dans l'histoire du droit criminel canadien ».[2]

Un des principaux changements apportés par ce projet de loi a été la création de la « condamnation à l'emprisonnement avec sursis », qui permet aux délinquants qui remplissent certaines conditions de purger leur peine d'emprisonnement dans la collectivité et non derrière les barreaux. Les juridictions de première instance ont rapidement adopté cette nouvelle mesure pénale. En deux ans seulement, les tribunaux ont prononcé près de 30 000 sentences d'emprisonnement avec sursis, dans les différentes régions du Canada, pour des infractions dont la gravité allait du vol à l'homicide involontaire coupable.[3]

Malheureusement, à l'exception des conditions prévues par la loi, les tribunaux étaient mal armés pour déterminer les cas dans lesquels l'emprisonnement avec sursis était approprié. Les cours d'appel canadiennes ont prononcé des jugements qui se contredisaient sur certains principes particulièrement fondamentaux. Leur plus grande difficulté a été d'essayer de donner un sens à la condition légale selon laquelle l'emprisonnement avec sursis doit être « conforme à l'objectif et aux principes essentiels du prononcé des peines ».

LA COUR SUPRÊME EXAMINE CETTE QUESTION

Les juges de première instance et les avocats criminalistes peuvent maintenant respirer plus facilement. Dans une série d'affaires prononcées récemment, la Cour suprême du Canada est finalement intervenue dans le débat et a formulé des lignes directrices sur l'interprétation et l'application qu'il convient de donner aux dispositions du *Code criminel* qui concernent l'emprisonnement avec sursis. Cette série d'affaires comprend sept jugements récents (qui vont tous être analysés en détail plus loin), mais l'arrêt essentiel est la décision *La Reine* c. *Proulx*[4], prononcée le

[1]Par Gregory J. Tweney, avocat, Bureau des procureurs de la Couronne – Droit pénal, Ministère du procureur général de l'Ontario. Les opinions exprimées ici sont uniquement celles de l'auteur. Cet exposé a été préparé à l'origine pour le CBAO, Criminal Justice Section Newsletter, mars 2000.

[2]*R.* c. *Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 39.

[3]D'après les statistiques tenues par le ministère du Solliciteur général et des Services correctionnels de l'Ontario.

[4]*R.* c. *Proulx* (2000), 30 C.R. (5th) 1 (C.S.C.).

31 janvier 2000. L'[ancien] juge en chef Lamer, parlant au nom de la Cour, formule dans cette décision les principes qui régissent la nouvelle sanction, l'emprisonnement avec sursis. Il est évident que cet arrêt va être l'élément central de toute analyse de l'emprisonnement avec sursis dans la jurisprudence canadienne.

LES PRÉCURSEURS

Le premier jugement de la Cour suprême concernant l'emprisonnement avec sursis est *La Reine* c. *Gladue*[5], un jugement prononcé le 23 avril 1999. Dans cette affaire, une Autochtone était accusée d'avoir tué son mari sous l'effet d'une colère éthylique. Elle a plaidé coupable à l'accusation d'homicide involontaire coupable et a été condamnée à trois ans de pénitencier. La question en litige dans cette affaire était l'interprétation et l'application de l'al. 718.2*e*) du *Code criminel*, qui énonce le principe voulant que soient examinées « toutes les sanctions substitutives accessibles et applicables... dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones » . La Cour suprême a finalement confirmé la peine de trois ans. M^me^ Gladue ne remplissait pas les conditions d'octroi de l'emprisonnement avec sursis parce que sa peine était supérieure à deux ans d'emprisonnement, mais cette affaire est néanmoins importante pour ce qui est de l'emprisonnement avec sursis : elle a donné un premier aperçu de la façon dont la Cour suprême concevait ce nouveau régime pénologique. En fait, les juges Cory et Iacobucci, parlant au nom de la Cour, ont saisi cette occasion pour tirer certaines conclusions générales au sujet des nouvelles dispositions en matière de peine, de façon à replacer dans son contexte l'analyse du seul principe que soulevait cette affaire. En bref, la Cour a noté que l'emprisonnement avec sursis était la mesure qu'avait prise le législateur pour lutter contre le nombre alarmant (et en augmentation) de détenus au Canada.

LES « CINQ GRANDES » AFFAIRES

Après l'arrêt *Gladue*, la Cour suprême a accordé l'autorisation d'interjeter appel dans cinq affaires provenant de différentes régions du pays, et qui soulevaient toutes la question de l'interprétation et de l'application des nouvelles dispositions du *Code criminel* en matière d'emprisonnement avec sursis. Trois affaires provenaient du Manitoba, une de la Colombie-Britannique et une autre de Terre-Neuve. Les procureurs généraux du Canada et de l'Ontario se sont vu accorder le statut d'intervenant. Ces affaires ont été entendues ensemble les 25 et 26 mai 1999. Le jugement a été rendu le 31 janvier 2000.[6] En fin de compte, la Cour s'est prononcée à l'unanimité sur les principes régissant l'interprétation et l'application des nouvelles dispositions en matière d'emprisonnement avec sursis. Elle était par contre divisée sur la façon dont ces principes devaient s'appliquer à chacune de ces affaires.

a) Les principes généraux

R. c. Proulx[7] : C'est le principal arrêt de la Cour suprême sur l'emprisonnement avec sursis. Le jugement est celui du juge en chef Lamer, qui parle au nom de la Cour. Les grands principes de cet arrêt peuvent se résumer de la façon suivante :

1. Le nouveau projet de loi (C-41) en général et l'emprisonnement avec sursis en particulier ont été adoptés à la fois pour réduire le recours à l'incarcération comme sanction et pour élargir l'application des principes

[5]Précité, note 2.

[6]*R.* c. *Proulx*, précité, note 4; *R.* c. *R.A.R.* (2000), 30 C.R. (5th) 49 (C.S.C.); *R.* c. *R.N.S.* (2000), 30 C.R. (5th) 63 (C.S.C.); *R.* c. *L.F.W.* (2000), 30 C.R. (5th) 73 (C.S.C.); *R.* c. *Bunn* (2000), 30 C.R. (5th) 86 (C.S.C.).

[7]*Proulx*, *ibid.*

de la justice réparatrice au moment de la détermination de la peine. La Cour s'appuie sur les al. 718.2*e*) et *f*) du *Code* pour montrer que le législateur entendait élargir les paramètres de la grille d'analyse des peines à l'égard de tous les contrevenants.

2. L'emprisonnement avec sursis n'est pas la probation. La probation est principalement une mesure de réinsertion sociale. Par comparaison, le législateur a voulu que l'emprisonnement avec sursis comporte des aspects punitifs aussi bien que de réinsertion sociale. Le sursis à l'emprisonnement doit donc être plus punitif que la condamnation avec sursis et probation. Pour atteindre cet objectif, l'emprisonnement avec sursis doit généralement être assorti de conditions punitives qui restreignent la liberté du délinquant. Des conditions comme la détention à domicile et le couvre-feu doivent être la règle et non l'exception.

3. Lorsqu'un délinquant ne respecte pas les conditions du sursis à l'emprisonnement, il existe une présomption selon laquelle le délinquant doit purger le reliquat de sa peine en prison. De cette façon, les sanctions imposées en cas de manquement permettent de distinguer l'emprisonnement avec sursis de la probation.

4. L'emprisonnement avec sursis n'est pas l'incarcération. Cette mesure, même assortie de conditions rigoureuses, est habituellement plus clémente qu'une peine d'emprisonnement de durée équivalente.

5. Aucune infraction n'est exclue du champ d'application du régime du sursis à l'emprisonnement, à l'exception de celles qui sont passibles d'une peine minimale d'emprisonnement. Il n'existe pas de présomption d'applicabilité ou d'inapplicabilité du sursis à l'emprisonnement à l'égard de certaines infractions.

6. L'exigence à l'effet que le juge inflige une peine d'emprisonnement de moins de deux ans ne signifie pas que celui-ci doit d'abord infliger un emprisonnement d'une durée déterminée avant d'envisager la possibilité que cette même peine soit purgée au sein de la collectivité. Il convient plutôt d'adopter une interprétation téléologique de l'al. 742.1*a*). Le juge doit d'abord conclure que ni l'emprisonnement dans un pénitencier ni des mesures probatoires sont des sanctions appropriées. Après avoir déterminé que la peine appropriée est un emprisonnement de moins de deux ans, le juge doit se demander s'il convient que le délinquant purge sa peine dans la collectivité.

7. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait équivalence entre la durée de l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement et celle de la peine d'emprisonnement qui aurait autrement été infligée. La seule exigence est que, par sa durée et les conditions dont elle est assortie, l'ordonnance de sursis soit une peine juste et appropriée. La Cour n'a pas abordé la question à savoir s'il était possible (ou légal) de « combiner » l'emprisonnement avec sursis avec une peine d'incarcération à l'égard d'un chef d'accusation, mais elle a implicitement sanctionné le prononcé d'une peine d'incarcération pour un chef d'accusation et du sursis à l'emprisonnement sur un autre chef (c'est ce qu'ont fait ses membres, de façon délibérée, dans *R.* c. *R.A.R.*[8]).

8. L'exigence à l'effet que le juge soit convaincu que la sécurité de la collectivité ne sera pas

[8]Précité, note 6.

mise en danger si le délinquant y purge sa peine est un préalable à l'octroi du sursis à l'emprisonnement. Pour évaluer ce danger, le juge prend en compte le risque que fait peser le délinquant en cause, et non le risque plus général évoqué par la question de savoir si l'octroi du sursis à l'emprisonnement mettrait en danger la sécurité de la collectivité en ne produisant pas un effet dissuasif général ou en compromettant le respect de la loi en général. Deux facteurs doivent être pris en compte pour cette opération : 1) le risque que le délinquant récidive (c.-à-d., le risque que celui-ci commette une autre infraction pénale, et non pas simplement le risque qu'il cause un préjudice physique ou psychologique à des tiers); et 2) la gravité du préjudice susceptible de découler d'une récidive. Dans certains cas, le risque de récidive est faible, mais le préjudice qui pourrait découler d'une récidive est très grave. Il ne faut pas, dans ce genre de situation, prononcer l'emprisonnement avec sursis.

9. Lorsque les conditions de l'art. 742.1 sont remplies, le juge doit envisager sérieusement la possibilité de prononcer l'emprisonnement avec sursis dans tous les cas, en se demandant si cette sanction est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine énoncée aux art. 718 à 718.2 du *Code criminel*.

10. D'une façon générale, l'emprisonnement avec sursis est généralement plus propice que l'incarcération à la réalisation des objectifs correctifs de réinsertion sociale des délinquants, de réparation par ceux-ci des torts causés aux victimes et à la collectivité et de prise de conscience par les délinquants de leurs responsabilités et du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

11. Lorsqu'il est possible de combiner des objectifs punitifs et des objectifs correctifs, l'emprisonnement avec sursis sera vraisemblablement une sanction plus appropriée que l'incarcération.

12. Le sursis à l'emprisonnement peut être octroyé même dans les cas où il y a des circonstances aggravantes, quoique la présence de telles circonstances augmente le besoin de dénonciation et de dissuasion.

13. L'emprisonnement avec sursis peut avoir un effet dénonciateur et dissuasif important. D'une façon générale, plus l'infraction est grave, plus la durée de l'emprisonnement avec sursis devrait être longue et la mesure assortie de conditions restrictives. Cependant, dans certaines circonstances, le besoin de dénonciation ou de dissuasion est si présent que l'incarcération constitue la seule sanction permettant d'exprimer de façon appropriée la réprobation de la société à l'égard du comportement des délinquants et pour dissuader les autres. Dans ce genre de cas, l'emprisonnement avec sursis ne convient pas, même s'il permettrait de réaliser également certains objectifs de justice réparatrice.

14. Aucune partie n'a la charge d'établir que l'emprisonnement avec sursis est approprié ou inapproprié. Le juge doit prendre en considération tous les éléments de preuve pertinents, quelle que soit la partie qui les a produits. Il est toutefois dans l'intérêt du délinquant de faire la preuve des éléments militant en faveur de l'octroi du sursis à l'emprisonnement, comme son remords ou un projet de réinsertion sociale.

15. Les juges disposent d'un large pouvoir discrétionnaire pour choisir la peine appropriée. Les cours d'appel doivent faire montre de beaucoup de retenue à l'égard de ce choix. Sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou

insistance trop grande sur les facteurs appropriés, les cours d'appel ne devraient intervenir que si la peine infligée n'est manifestement pas indiquée.

b) L'application des principes

R. c. Proulx[9] (8-0) : Dans cette affaire, un accusé âgé de 18 ans avait plaidé coupable à l'accusation de conduite dangereuse ayant causé la mort et des lésions corporelles. Après avoir consommé de l'alcool au cours d'une réunion, il a décidé de raccompagner des amis en utilisant un véhicule en mauvais état mécanique. Pendant une bonne dizaine de minutes, l'intimé a conduit de façon erratique, il a frappé latéralement une première voiture et est ensuite entré en collision avec une deuxième. Le conducteur du second véhicule a été grièvement blessé et l'une des personnes à bord de la voiture de l'accusé a perdu la vie. Le juge de première instance a imposé une peine d'emprisonnement de 18 mois, mais la Cour d'appel du Manitoba y a substitué un sursis à l'emprisonnement. La Cour suprême a finalement rétabli la peine d'emprisonnement pour des motifs basés sur le principe de retenue à l'égard des décisions de première instance. Une peine privative de liberté n'était pas inappropriée et le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur qui aurait justifié l'intervention de la cour d'appel.

R. c. Bunn[10] (5-3) : Dans cette affaire, l'accusé (un avocat) avait été déclaré coupable de six chefs d'abus de confiance et de six chefs de vol. Il avait détourné 86 000 $ de fonds appartenant à ses clients dans son propre compte bancaire, lorsqu'il avait effectué 145 opérations de transfert. Il a été condamné (avant l'adoption des dispositions relativement à l'emprisonnement avec sursis) à deux ans de prison. La Cour d'appel du Manitoba a réduit la peine d'une journée et a prononcé le sursis à l'emprisonnement. L'appel interjeté par la Couronne devant la Cour suprême a été rejeté. La Cour a jugé à la majorité que l'accusé avait droit au bénéfice de l'emprisonnement avec sursis. Compte tenu des circonstances de l'affaire, l'emprisonnement avec sursis était conforme aux principes de dénonciation et de dissuasion générale et cet aspect ne constituait pas un motif pour infirmer la décision de la Cour d'appel.

R. c. R.A.R.[11] (6-2) : Dans cette affaire, l'accusé avait été déclaré coupable d'agression sexuelle et de deux chefs de voies de fait simples, à l'égard d'une de ses employées. Le comportement reproché comprenait une pénétration digitale, le fait d'avoir mis ses doigts dans les narines de la plaignante, causant ainsi un saignement, et le fait de l'avoir tirée par les poignets dans une allée de gravier. Il a été condamné (avant l'adoption des dispositions relatives à l'emprisonnement avec sursis) à un an de prison pour l'agression sexuelle, à des amendes pour les deux voies de fait, plus trois ans de probation. La Cour d'appel du Manitoba a fait droit à l'appel et substitué à toutes ces peines un emprisonnement avec sursis de neuf mois. Une majorité des juges de la Cour suprême a toutefois rétabli la peine d'incarcération. Ils ont conclu que la sanction n'était pas appropriée compte tenu de la gravité des infractions commises et de la culpabilité morale dont l'accusé a fait preuve en abusant de sa situation d'autorité. La majorité des juges aurait rétabli la peine d'incarcération de 12 mois pour l'agression sexuelle, prononcé le sursis à l'emprisonnement pour les deux voies de fait, accompagné d'une période de probation de trois ans. La peine ayant déjà été purgée, la majorité de la Cour suprême n'a pas décidé si

[9] *Proulx*, *ibid.* Le juge Cory n'a pas participé aux « cinq grandes » affaires, ni dans la décision *Wells* rendue par la suite dans ce domaine.
[10] *Bunn*, *ibid.*
[11] *R.A.R.*, *ibid.*

un emprisonnement avec sursis d'une durée plus longue et assorti de conditions plus restrictives aurait également été approprié.

R. c. R.N.S.[12] (8-0) : Dans cette affaire, l'accusé a été déclaré coupable d'agression sexuelle et d'incitation à des attouchements sexuels parce qu'il avait caressé le vagin de sa petite-fille par remariage. Au moment des faits (qui remontaient de 6 à 10 ans), l'accusé avait entre 46 et 50 ans, et la victime entre cinq et huit ans. Il a été condamné (avant l'adoption des dispositions relatives à l'emprisonnement avec sursis) à neuf mois d'emprisonnement. La Cour d'appel de la C.-B. a fait droit à son appel et a substitué l'emprisonnement avec sursis à l'ancienne peine. La Cour suprême a toutefois fait droit, à l'unanimité, à l'appel de la Couronne et a rétabli la peine de neuf mois de prison en raison de la gravité de l'infraction et du degré de culpabilité morale de l'accusé. La Cour a noté en passant qu'une peine d'emprisonnement de neuf mois était déjà trop clémente. Dans les circonstances, l'objectif de dénonciation exigeait une peine d'incarcération.

R. c. L.F.W.[13] (4-4) : Dans cette affaire historique d'agression sexuelle, l'accusé a été déclaré coupable d'attentat aux mœurs et de grossière indécence. La victime était la cousine de l'accusé. Les infractions ont été commises alors qu'elle avait entre six et 12 ans et concernaient une douzaine d'incidents où elle avait été obligée de pratiquer sur lui la masturbation et la fellation. L'accusé a été condamné à un emprisonnement de 21 mois avec sursis. L'appel intenté par la Couronne devant la Cour d'appel de Terre-Neuve a été rejeté. La Cour suprême étant partagée également sur la décision à prendre, l'appel de la Couronne a également été rejeté. Le juge en chef Lamer (parlant au nom d'un des groupes de juges) aurait rejeté l'appel par retenue envers la décision de première instance. Le juge L'Heureux-Dubé (pour l'autre groupe de juges) a jugé que l'emprisonnement avec sursis ne pouvait permettre de réaliser dans cette affaire les objectifs de la peine, mentionnant le fort besoin de dénonciation des infractions sexuelles commises sur des enfants par des adultes en position de confiance.

ÉPILOGUE

La septième affaire et la plus récente est l'affaire *La Reine* c. *Wells*[14]. Cette affaire a été entendue en même temps que les « cinq grandes » affaires, mais le jugement n'a été prononcé que le 17 février 2000. Comme l'arrêt *Gladue*, cette affaire soulevait la question de l'application de l'al. 718.2*e*) du *Code criminel* à un délinquant autochtone. Dans ce cas-ci, le délinquant avait été condamné à 20 mois de prison. Il remplissait donc les conditions pour l'octroi de l'emprisonnement avec sursis. Cette affaire soulevait donc plus spécialement la question de savoir comment les dispositions relatives à l'emprisonnement avec sursis devaient s'appliquer aux délinquants autochtones.

Il n'est pas surprenant que la Cour se soit fortement inspirée dans cette affaire des principes formulés dans l'arrêt *Gladue* (concernant les délinquants autochtones) et dans l'arrêt *Proulx* (sur l'emprisonnement avec sursis). Dans une certaine mesure, l'arrêt *Wells* est donc un autre exemple de la façon dont les principes généraux de l'emprisonnement avec sursis doivent s'appliquer dans un cas particulier.

Dans *Wells*, l'accusé avait été déclaré coupable d'agression sexuelle sur une jeune fille de 18 ans

[12] *R.N.S.*, *ibid.*
[13] *L.F.W.*, *ibid.*
[14] *R.* c. *Wells* (2000), 30 C.R. (5th) 254 (C.S.C.).

au cours d'une réunion à un moment où celle-ci était soit endormie, soit inconsciente sous l'effet de l'alcool. Les preuves indiquaient la présence d'éraflures au vagin, mais pas qu'il y avait eu pénétration. L'accusé autochtone a été condamné à 20 mois de prison. Les appels interjetés par l'accusé devant la Cour d'appel de l'Alberta et la Cour suprême du Canada ont été rejetés. Le juge Iacobucci, parlant au nom de la Cour, n'a découvert aucune raison de modifier la décision du juge de première instance de prononcer une peine privative de liberté et non un sursis. Il a réitéré que la justice réparatrice est en général un des principaux objectifs des peines infligées aux délinquants autochtones, en particulier compte tenu de la nécessité de lutter contre la surreprésentation des délinquants autochtones dans les prisons canadiennes. Il a néanmoins déclaré que si l'al. 718.2*e*) prévoit l'utilisation d'une méthode différente pour choisir la peine à adopter à un délinquant autochtone, cette disposition n'exige pas toujours que le juge en arrive à un résultat différent. Les principes comme la dissuasion, la dénonciation et l'isolement ne doivent pas nécessairement céder le pas aux principes de la justice réparatrice. En pratique, les délinquants autochtones qui commettent des infractions particulièrement violentes et graves seront emprisonnés aussi fréquemment que les délinquants non autochtones.

À SUIVRE...

Même avec ces sept décisions, la Cour suprême du Canada n'a pas dit son dernier mot en matière d'emprisonnement avec sursis. L'autorisation d'appeler a récemment été accordée dans l'affaire *R.* c. *Knoblauch*[15], une affaire concernant la décision de la Cour d'appel de l'Alberta rapportée à [1999] A.J. nº 377 (QL). Dans cette affaire, l'accusé avait plaidé coupable à une accusation de possession d'armes dangereuses et d'une substance explosive. Les éléments de preuve psychiatrique présentés à l'audience sur sentence ont démontré que l'accusé souffrait de troubles mentaux graves et qu'il était donc pour cette raison extrêmement dangereux. Le juge de première instance a imposé un emprisonnement de deux ans moins un jour avec sursis, une des conditions étant que l'accusé demeure incarcéré dans l'aile psychiatrique de l'hôpital local jusqu'à ce que les spécialistes médicaux décident qu'il est possible de le libérer dans la collectivité. L'appel interjeté par la Couronne devant la Cour d'appel de l'Alberta a été accueilli et la peine transformée en une peine d'incarcération. La question en litige dans l'appel devant la Cour suprême du Canada était celle de savoir si le mot « collectivité » dans l'expression « ne met pas en danger la sécurité de celle-ci [la collectivité] » fait référence au public en général ou à la collectivité dans laquelle le délinquant purge son emprisonnement avec sursis (dans ce cas-ci, l'hôpital psychiatrique local). L'affaire a été entendu le 17 avril 2000 et le jugement a été pris en délibéré, ne changez donc pas de poste... Cela devrait être la dernière fois pour un moment que la Cour suprême se penche sur les dispositions du *Code criminel* relatives à l'emprisonnement avec sursis.

[15][1995] C.S.C.A. 165 (QL).

LA NATURE CHANGEANTE DE L'EMPRISONNEMENT AVEC SURSIS : LE PRONONCÉ DE LA PEINE VU DES PREMIÈRES LIGNES

M. le juge Gilles Renaud

Cour de justice de l'Ontario
Cornwall (Ontario)

INTRODUCTION

La Cour suprême du Canada a récemment formulé des directives précises sur les peines d'emprisonnement purgées dans la collectivité par les délinquants. Ce faisant, elle a insisté sur le fait que les cours d'appel devaient faire preuve d'une retenue considérable à l'égard des jugements de première instance.[1]

En fait, la Cour a confirmé et développé[2] les remarques suivantes formulées dans *R.* c. *M. (C.A.)*[3] selon lesquelles :

> Du fait qu'il sert en première ligne de notre système de justice pénale, il possède également une qualification unique sur le plan de l'expérience et de l'appréciation. Fait peut-être le plus important, le juge qui impose la peine exerce normalement sa charge dans la communauté qui a subi les conséquences du crime du délinquant ou à proximité de celle-ci. De ce fait, il sera à même de bien évaluer la combinaison particulière d'objectifs de détermination de la peine qui sera « juste et appropriée » pour assurer la protection de cette communauté.

La Cour note ensuite que les juges doivent tenir compte des besoins et de la situation de leur collectivité.

La Cour suprême du Canada a ainsi clairement délimité le rôle du juge de première instance qui doit, au moment de choisir la peine appropriée, tenir compte, parmi d'autres facteurs, des intérêts et du point de vue de la collectivité. Sur ce point, la Cour estime que les cours d'appel sont isolées de la collectivité et qu'elles ne sont pas aussi bien placées que les juges de première instance pour jauger l'effet des actions des délinquants. C'est pourquoi les cours d'appel doivent faire preuve de retenue.

La présente étude traite d'un certain nombre de jugements qui vont servir à illustrer certaines questions que pose, dans l'esprit d'un juge de première instance tout au moins, la méthode à adopter pour donner effet à cette directive. Autrement dit, j'ai tenté ici de soulever un certain nombre de questions que les cours d'appel seront amenées à examiner lorsqu'elles auront à déterminer si l'emprisonnement avec sursis imposé en première instance est « manifestement inapproprié » .

Nous n'avons pas tenté de fournir des réponses : cette tâche appartient aux universitaires, aux avocats et aux cours d'appel. Notre but consiste uniquement à signaler certaines préoccupations...

[1] Voir *R.* c. *Proulx* (2000), 140 C.C.C. (3d) 449 (C.S.C.), par. 123 à 126.
[2] *Ibid.*, par. 126.
[3] [1996] 1 S.C.R. 500, 46 C.R. (4th) 269, 105 C.C.C. (3d) 327.

DISCUSSION

1) Comment puis-je prendre le pouls de la collectivité?

Récemment, dans *R.* c. *Mafi*[4], le juge Lambert a noté que les juges de première instance connaissent bien souvent l'attitude des membres de leur collectivité à l'égard d'un crime particulier. Son Honneur a ajouté « le juge choisit la peine appropriée avec l'objectivité qui lui incombe en tant qu'institution et avec l'excellente connaissance subjective qu'il a de l'affaire » .[5]

Ma question est simple : comment puis-je être sûr d'avoir vraiment compris quelle est l'attitude des membres de ma collectivité? Par exemple, dans le cas où le délinquant est membre d'une « bande de motards » qui fait le trafic de stupéfiants ou a commis une infraction avec violence. Y a-t-il un membre de la collectivité qui ne voudrait pas débarrasser celle-ci de ce genre de personnes? En supposant que je puisse effectivement tenir compte de ces sentiments, la question demeure : comment puis-je prendre le pouls de la collectivité? Dois-je lire les articles de journaux, écouter les lignes ouvertes ou puis-je consulter un site web? Mes voisins sont-ils représentatifs de la collectivité? Cette connaissance doit-elle se limiter à la lecture de la déclaration de la victime?

Je m'arrête pour me demander si c'est le procureur qui doit s'acquitter de ce fardeau? Sur ce point, il est bon de noter que dans le dernier paragraphe de l'arrêt *R.* c. *Wells*[6], la Cour insiste sur la nécessité de rechercher, parfois, des éléments de preuve concernant les difficultés auxquelles font face les délinquants autochtones.

Bien entendu, la question à laquelle il faut répondre chaque fois que j'utilise ce genre de renseignement est la suivante : comment puis-je équitablement verser ces renseignements au dossier pour que les parties puissent en prendre connaissance et pour que la Cour d'appel puisse vraiment examiner si l'emprisonnement avec sursis, la principale peine communautaire du Code, est approprié dans un cas donné?

2) Un juge itinérant peut-il évaluer l'attitude des membres de la collectivité?

Dans *R.* c. *Calderwood*, le juge Finch a fait remarquer ceci : « ... Je pense que les juges résidents de la Cour provinciale ont le droit de prendre connaissance d'office des infractions récentes commises dans la collectivité et de l'attitude de celle-ci à l'égard de ce genre de comportement. Cette connaissance locale est un élément pertinent lorsqu'il s'agit de décider d'accorder une libération, ou à défaut, de déterminer le type de peine appropriée » .[7]

En outre, dans *R.* c. *Carter*[8], la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a cherché encore une fois à souligner le principe selon lequel le juge de première instance qui entend les affaires pénales dans la collectivité en question depuis quelque temps est bien placé pour prendre connaissance d'office des sujets de préoccupation de la population et de la façon dont les peines imposées pourraient leur apporter des solutions. Comme le juge Ryan l'a dit très clairement : « ces infractions ont été commises à Kelowna. Le juge qui a condamné ces trois jeunes hommes siège dans la réserve d'Okanagan. Il connaît parfaitement l'effet que peuvent avoir ces infractions sur la collectivité. Il a entendu

[4][2000] B.C.J. nº 339 (Q.L.).
[5]*Ibid.*, par. 5.
[6](2000), 141 C.C.C. (3d) 368 (C.S.C.), par. 50 à 55.
[7](1995), 57 B.C.A.C. 237 (C.A. C.-B.), par. 14.
[8](1995), 61 B.C.A.C. 161 (C.A. C.-B.).

les arguments et a vu l'accusé. Je ne modifierais pas ces peines » .[9]

Il est intéressant de mentionner que Son Honneur a cité le passage suivant du jugement de madame le juge Southin dans *R.* c. *Mulvahill*, qui a déclaré « ... l'importance de la position qu'occupent les juges de première instance qui savent quelles sont les infractions qui font problème dans leur partie de la province et qui ont eu l'occasion d'observer l'accusé » .[10] *

À quel moment devient-on un juge local, si cela est possible, lorsque l'on circule dans une vaste région? Qu'en est-il des juges qui siègent dans des centres urbains importants : un juge peut-il vraiment savoir ce qui se passe dans le secteur Jane-Finch? Et encore une fois, la question demeure : comment la Cour d'appel peut-elle évaluer la connaissance que nous avons de la collectivité?

3) Les juges de première instance doivent-ils avoir beaucoup d'expérience?

Dans un certain sens, les exemples mentionnés ci-dessus sont peut-être représentatifs d'une école de pensée selon laquelle les cours d'appel peuvent confirmer les peines imposées en faisant référence à la sagesse et à l'expérience du juge qui l'a prononcée, et en reconnaissant ainsi implicitement la connaissance particulière qu'ils ont de la situation locale. Par exemple, dans *R.* c. *Doucet*, l'ancien juge en chef Gale a fait remarquer que le juge de première instance en question était, d'après lui, « un homme sage et tolérant » et il a maintenu la peine prononcée.[11]

Notons également la référence à l'expérience du juge dans *R.* c. *Cornacchia* : « ... il y avait dans cette affaire un rapport présentenciel très positif. Ce rapport a amené un juge particulièrement expérimenté à la conclusion à laquelle il est arrivé et nous devons accorder beaucoup d'importance à l'aspect qu'il a privilégié. » [12]

Bien entendu, les juges sages et expérimentés commettent parfois des erreurs. Par exemple, dans *R.* c. *Simon*, la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré qu'il n'était pas possible de confirmer la peine sévère qui avait été imposée pour une introduction par effraction, même si c'était un « juge sage et très expérimenté » qui l'avait prononcée, pour le motif qu'elle était excessive.[13] La Cour fait remarquer, aspect qui nous intéresse ici aujourd'hui, que le juge de première instance avait examiné la valeur différente qu'accordait la collectivité à la mort, dans ce cas-ci un homicide involontaire coupable commis au cours d'une rixe suivant une beuverie. En outre, elle a noté qu' « il est possible qu'il existe une situation locale que ne connaît pas notre Cour, mais l'introduction par effraction est une infraction qui est commise dans toutes les régions de la province et pas seulement dans le nord de l'Ontario... » [14] Par conséquent, que va-t-il se passer si c'est l'expérience acquise par le juge de première instance qui l'a amené à cette conclusion? Le résultat aurait-il pu être différent si l'on avait versé d'autres éléments au dossier?

De mon point de vue, et de celui des parties qui cherchent à faire infirmer les décisions que je rends concernant l'emprisonnement avec sursis,

[9] *Ibid.*, p. 239 et 240.
[10] (1992), 5 B.C.A.C. 1 (C.A. C.-B.), p. 173.
[11] (1970), 2 C.C.C. (2d) 433 (C.A. Ont.), p. 434.
[12] (1988), 31 O.A.C. 145 (C.A.), p. 146.
[13] (1975), 25 C.C.C. (2d) 159 (C.A. Ont.), p. 85.
[14] *Ibid.*, p. 160.

je dois me poser la question suivante : à quel moment ai-je acquis de l'expérience et comment puis-je indiquer cela dans mes motifs?

4) Que se passe-t-il s'il n'y a pas de « réseau d'information informel » dans la collectivité?

Examinons les commentaires du juge O Hearn dans *R.* c. *Collier*, au sujet de l'effet de la dissuasion générale dans une petite communauté :

> ... en pratique, les témoignages rendus au procès ne font l'objet d'aucune publicité, pas plus que les motifs fournis par le juge pour justifier la peine choisie. Le public n'a qu'une vague idée de ce qu'était l'accusation, des faits qui ont été établis et des facteurs dont il a été tenu compte pour prononcer la sentence... Il est pratiquement impossible de prononcer une peine dissuasive qui va avoir un effet sur d'autres personnes dans ce genre de circonstances. Notre façon de vivre est très différente de l'époque où les membres de la collectivité savaient ce qui se passait devant les tribunaux, de sorte que l'idée de dissuader les autres a perdu beaucoup de sa force, si ce n'est pour les infractions graves qui font l'objet d'une large publicité ou peut-être pour le genre de communication par bouche à oreille qui se fait entre les personnes concernées et les personnes qu'ils connaissent.[15]

La cour a ajouté : « Cela veut dire, malheureusement, que si le tribunal veut prononcer une peine dissuasive, il doit pratiquement ne pas tenir compte des circonstances atténuantes parce qu'il sait qu'elles ne seront pas portées à la connaissance du public... Il semblerait injuste de « faire un exemple » avec l'accusé en lui imposant une peine sévère dans un but dissuasif si celle-ci est excessive par rapport à celle qu'il mériterait selon les faits de l'affaire » .[16]

On peut se poser la question suivante : arrive-t-il qu'un délinquant reçoive une peine plus sévère parce que les médias ont choisi de suivre son affaire plutôt qu'une autre? Est-il important qu'il existe un réseau d'information informel, mais que le juge n'y ait pas accès?

5) La taille de la collectivité joue-t-elle un rôle?

Dans *R.* c. *Hinch*, le juge Norris a fait remarquer : « Il est évident qu'un juge vivant dans une petite collectivité connaît mieux que les membres de notre Cour l'effet que peut avoir une sentence... Une peine d'emprisonnement d'un mois et une amende de 2 000 $ prononcée dans un de nos grands centres urbains n'a pas le même effet qu'une peine comparable prononcée dans un centre rural où les relations sont étroites et le statut social et religieux est jugé plus sévèrement. » [17] Ce commentaire est-il encore actuel?

Dans *R.* c. *Wiswell*, le délinquant non représenté par avocat avait fait appel de sa sentence. Il y a lieu de noter en particulier les commentaires suivants : « Le juge de première instance connaît ce jeune homme et il a manifestement donné de l'importance à l'omission de la part de celui-ci de respecter l'ordonnance de probation...Il est très difficile de ne pas tenir compte, en particulier dans les petites villes, de la gravité de ce genre de comportement violent. » [18]

Ne tient-on aucun compte de cette gravité dans les grands centres? Est-ce qu'une cour d'appel

[15](1971), 6 C.C.C. (2d) 438 (C. Cté N.-É.), p. 444.
[16]*Ibid.*, p. 445.
[17](1968), 3 C.C.C. 39 (C.A. C.-B.), p. 46.
[18](1976), 17 N.S.R. (2d) 231 (C.A. N.-É.), p. 235.

interviendrait plus facilement dans ce genre d'affaires? Les cours d'appel siègent dans les grands centres urbains, quel est l'effet de cet état de chose?

6) Les juges de première instance sont-ils isolés des nouvelles générations?

Je ne sais vraiment pas ce qui se passe à Yorkville Village, parce que je n'ai ni habité, ni étudié à Toronto, mais la Cour d'appel de l'Ontario a déjà fait remarquer que l'un des accusés vivait dans Yorkville Village, qu'il avait été en contact avec des personnes qui consommaient des drogues et de l'alcool de façon excessive et qui avaient adopté un comportement sexuellement immoral et qu'il avait lui-même succombé à ce genre de choses.[19] Comment les membres de cette cour étaient-ils au courant de cela? Se sont-ils fondés sur des renseignements provenant de l'extérieur? Étaient-ils exacts? Était-ce simplement une manifestation de l'écart qui existe entre les générations?

Par contre, certains juges sont particulièrement au courant des événements actuels. L'un des exemples les plus connus de juge, siégeant en appel, qui prend connaissance d'office du monde de l'extérieur de la salle d'audience est le juge Dickson, nommé par la suite juge en chef du Canada, qui a noté dans l'arrêt *R.* c. *Heffer*, le phénomène des « jeunes en pèlerinage » .[20]

7) Que faire si la collectivité n'est pas capable d'adopter une attitude équitable?

Si les juges de première instance, qui sont en première ligne, doivent tenir compte des souhaits de la collectivité, on ne peut s'empêcher d'observer que cela pose un certain nombre de questions, dont notamment les deux suivantes :

Premièrement, que se passe-t-il si la collectivité en général a une opinion différente de celle d'une partie de la population? D'un côté, le groupe majoritaire souhaite une peine sévère alors que le secteur plus restreint d'où vient le délinquant voudrait une peine plus clémente? Par exemple, dans *R.* c. *Turner*, le juge Haines a fait remarquer que « Windsor a une population de 5 000 Noirs... Il est tout à fait compréhensible qu'ils suivent avec beaucoup d'intérêt le traitement que vont recevoir les deux accusés (dont l'un est noir) » .[21] Notons également que dans *R.* c. *Fireman*, le juge de première instance a tenu compte de la valeur différente qu'accordait la collectivité à la mort, dans ce cas-ci un homicide involontaire coupable commis au cours d'une rixe entre ivrognes.[22]

Deuxièmement, que doit-on faire si l'ensemble de la collectivité souhaite une peine trop clémente, comme c'est le cas lorsque la victime est ostracisée et le délinquant n'est aucunement critiqué? Que faire si la collectivité n'est pas sensible à la souffrance des victimes de violence familiale, aux mauvais traitements administrés aux personnes âgées, aux gais et aux lesbiennes, etc.?

8) Connaissance personnelle et fréquence de l'infraction

Dans *R.* c. *Priest*, la Cour d'appel n'a pas jugé nécessaire d'examiner si le juge de première instance disposait de suffisamment de renseignements pour pouvoir conclure qu'il existait « un

[19]Voir *R.* c. *Bailey* (1970), 4 C.C.C. 291 (C.A. Ont.), p. 296.
[20](1970), 4 C.C.C. 104 (C.A. Man.), p. 106.
[21](1970), 1 C.C.C. (2d) 293 (H.C.J. Ont.), p. 294 et 295.
[22](1971), 4 C.C.C. (2d) 82 (C.A. Ont.), p. 85.
[23](1996), 93 O.A.C. 163 (C.A.), p. 166 et 167.

grave problème d'introduction par effraction à Hearst. » [23] La Cour a toutefois noté que « … à la différence des affaires dont a été saisie notre Cour, aucune donnée statistique n'a été présentée au juge de première instance et celui-ci a fondé son opinion sur le nom des personnes accusées d'introduction par effraction qui figuraient sur les rôles d'audience. » [24]

Il s'agit cependant d'un juge qui avait beaucoup d'expérience et qui siégeait dans un certain nombre de petites collectivités. Doit-il faire état d'autres éléments que sa connaissance personnelle? Souvenons-nous que dans *R.* c. *Simon*, le juge en chef Gale a formulé le commentaire suivant : « Il existe peut-être localement une situation que notre Cour ne connaît pas, mais l'introduction par effraction est une infraction qui est commise dans les différentes régions de notre province et non pas seulement dans le nord de l'Ontario... » [25] Et si le juge de première instance dans *Priest* était au courant d'une telle situation locale?

CONCLUSION

L'idée selon laquelle les juges de première instance d'une localité qui ont une certaine expérience de leur collectivité sont idéalement placés pour savoir si la situation locale est susceptible d'influencer le prononcé des peines est en grande partie fondé. Il est toutefois difficile de savoir dans quelle mesure ce principe devrait s'appliquer puisqu'il faut tenir compte de la nécessité de créer un dossier complet pour les cours d'appel et du risque de traiter de façon inéquitable un délinquant, en lui imposant une peine plus grave (ou plus clémente) qu'à un autre en raison de l'expérience du juge.

Enfin, les cours d'appel devraient fournir des directives sur deux questions : premièrement, la mesure dans laquelle les juges sont tenus de déterminer quelle est l'opinion des membres de la collectivité et deuxièmement, est-ce que la collectivité peut présenter une sorte de déclaration de la victime.

[24] *Ibid.*, p. 166 et 167 [souligné dans l'original].
[25] Simon, précité, note 13, p. 160.

Les appels sur sentence

M. le juge William Vancise

Cour d'appel de la Saskatchewan

Lorsqu'il s'agit d'examiner la façon dont les cours d'appel révisent les peines en général et l'emprisonnement avec sursis en particulier, il faut nécessairement commencer par les dispositions du *Code criminel*. Le paragraphe 718.3(1) du *Code* accorde aux juges de première instance le pouvoir discrétionnaire d'infliger différents degrés ou genres de peine à l'égard d'une infraction, sous réserve des restrictions contenues dans le *Code*. L'article 742.1 dispose que lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction, autre que l'infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue, elle peut se voir infliger une peine d'emprisonnement avec sursis lorsque deux conditions sont remplies : 1) la peine doit être de moins de deux ans et 2) l'accusé ne représente pas un danger pour la collectivité, enfin, cette sanction ne doit pas être incompatible avec les principes fondamentaux de la détermination de la peine.

Il n'y a pas de droit d'appel selon les règles de la common law. Le droit d'interjeter appel d'une sentence est fondé sur un droit d'appel d'origine législative, en fait prévu par le *Code criminel*. Historiquement, le droit de faire appel d'une sentence a été introduit dans le *Code* en 1892, mais ce droit était limité aux cas où la sentence en était une « qui n'était pas reconnue par la loi » .[1] En 1921, les cours d'appel ont reçu le pouvoir d'examiner la « justesse » de la sentence et non plus seulement sa légalité.[2] Le pouvoir de réviser les sentences est maintenant prévu au par. 687(1)[3] du *Code* qui énonce que lorsqu'une sentence fait l'objet d'un appel, la cour d'appel considère la justesse de la sentence attaquée et peut soit modifier celle-ci dans les limites prescrites par la loi pour l'infraction en cause, soit rejeter l'appel. Le paragraphe 687(2) dispose que le jugement d'une cour d'appel modifiant la sentence a la même vigueur et le même effet que s'il avait été prononcé par le tribunal de première instance.

Avant d'examiner les décisions prononcées récemment par la Cour suprême du Canada dans lesquelles celle-ci a limité le pouvoir des cours d'appel de modifier les sentences imposées par les juges de première instance, il est utile d'examiner la façon dont les cours d'appel ont historiquement interprété le pouvoir d'appel que leur a confié la loi en matière de révision des sentences. La portée des pouvoirs accordés aux cours d'appel en matière de révision des sentences imposées par les juges de première instance a fait l'objet d'un débat judiciaire pratiquement dès son introduction en 1921. Les deux points de vue opposés ont été résumés par la suite par le juge Owen dans sa dissidence dans l'affaire *R.* c. *Deschennes* :[4]

[1]Voir le par. 744(4) du *Code criminel du Canada* de 1892.

[2]S.C. 1921, ch. 25, art. 22; voir également S.C. 1923, ch. 41 art. 9.

[3]L.S.C. 1985, ch. C-46 687. (1) Pouvoirs de la cour concernant un appel d'une sentence – s'il est interjeté appel d'une sentence, la cour d'appel considère, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi, la justesse de la sentence dont appel est interjeté et peut, d'après la preuve, le cas échéant, qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir :
a) soit modifier la sentence dans les limites prescrites par la loi pour l'infraction dont l'accusé a été déclaré coupable;
b) soit rejeter l'appel.

[4][1963] 2 C.C.C. 295.

> Selon un point de vue, les cours d'appel devraient rarement réviser les sentences, puisque cette mesure relève principalement du juge de première instance de sorte que les juges de la Cour d'appel ne devraient intervenir que lorsque la sentence imposée est incompatible avec leur sens de la justice. C'est l'attitude de « laissez-faire » ou l'attitude de retenue. On a également parlé d'approbation automatique : *Ponton* c. *La Reine* (1959), 127 C.C.C. 325, 31 C.R. 347, juge Casey, p. 331 C.C.C., p. 357 C.R.
>
> Selon un autre point de vue, la Cour d'appel est tenue d'examiner la justesse de l'instance attaquée et a donc le *devoir* d'examiner le dossier de façon approfondie et d'analyser chaque appel avec le plus grand soin même si apparemment la peine imposée ne paraît pas à la Cour excessive ou insuffisante. Ce point de vue se fonde sur le texte de l'art. 593 du *Code criminel*, qui énonce que la Cour d'appel *examine* la justesse de la sentence attaquée.[5]

L'approche restrictive est illustrée dans les décisions qu'a prononcées la Cour d'appel du Québec dans les affaires *R.* c. *Duestoor*[6] et *Cooper* c. *R.*[7] dans laquelle elle a déclaré qu'une cour d'appel ne pouvait modifier la peine imposée par le juge de première instance que s'il était démontré que celui-ci avait commis une erreur sur les principes à appliquer. Dans *R.* c. *Morrissette*[8], la Cour d'appel de la Saskatchewan a décrit une attitude plus interventionniste. Le juge en chef Culliton a déclaré que la Cour d'appel de la Saskatchewan n'avait jamais adopté une attitude de « laissez-faire » ou une « attitude de retenue » dans les appels sur sentence lorsqu'elle exerce les pouvoirs que lui attribue le par. 593(1) [maintenant le par. 687(1)] du *Code*. Dans *R.* c. *Finlay*[9], la Cour a déclaré que le législateur avait voulu que les cours d'appel examinent toutes les circonstances de l'affaire et modifient la peine si elle estimait qu'elle devrait l'être. Le juge Martin, devenu plus tard le juge en chef de la Cour d'appel de la Saskatchewan, a déclaré ceci :

> La cour d'appel se prononce après avoir examiné soigneusement toutes les circonstances de l'affaire, en tenant compte du fait que le juge de première instance a vu l'accusé et entendu les témoins, et qu'il a donc sur elle un avantage... qui ne peut être pris à la légère.[10]

La plupart des cours d'appel du Canada ont adopté une attitude interventionniste à l'égard des appels sur sentence. Qu'il suffise de dire qu'au début des années 1980, l'approche restrictive à l'égard des peines semblait avoir été abandonnée.

Dans *Morrissette*, le juge en chef Culliton parlant au nom de la Cour a pris soin de signaler que la cour d'appel ne devrait pas écarter, sans avoir une bonne raison, la décision du juge de première instance qui a vu l'accusé et entendu les témoins. Il signale toutefois que l'avantage dont bénéficie le juge de première instance disparaît lorsque l'appelant interjette appel de sa sentence, comparaît en personne et présente ses observations. Dans cette situation, la Cour d'appel se trouve aussi bien placée que le juge de première instance pour évaluer la personnalité de l'appelant. Il conclut en disant :

[5] *Ibid.*, p. 301 et 302.
[6] (1938), 13 Can. Abr. 1562 (C.A. Qué.).
[7] (1950), 11 C.R. 208 (C.A. Qué.).
[8] (1971), 1 C.C.C. (2d) 307.
[9] (1924) 43 C.C.C. 62. (C.A. Sask.).
[10] *Ibid.*, p. 65.

> Il paraît évident que lorsque l'appelant comparaît en personne devant la Cour d'appel, cette Cour est au moins aussi bien placée que ne l'était le juge de première instance pour apprécier la personnalité de l'appelant. La Cour devrait certes examiner soigneusement les motifs avancés par le juge de première instance pour justifier la peine imposée, mais elle ne devrait pas hésiter à écarter soit les motifs soit les conclusions du juge de première instance, si elle estime, après un examen approfondi de toutes les circonstances, que la peine imposée n'est pas appropriée. Dans ces cas-là, la Cour d'appel a le droit et le devoir de modifier la sentence et de lui substituer celle qui lui paraît appropriée. En outre, la Cour d'appel doit exercer les pouvoirs qui lui sont attribués pour éviter les écarts déraisonnables dans les peines imposées pour des infractions semblables ou comparables.[11]

L'attitude interventionniste à l'égard de la révision des sentences telle que formulée par le juge en chef Culliton et adoptée par presque toutes les cours d'appel a été modifiée par la décision de la Cour suprême du Canada dans *R.* c. *Shropshire*[12] dans laquelle le juge Iacobucci a examiné la norme applicable au contrôle des sentences par les cours d'appel. Dans *Shropshire*, la cour devait déterminer les facteurs dont il faut tenir compte pour proroger le délai préalable à la libération conditionnelle dans le cas d'un accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. Une deuxième question, celle de la norme appliquée par les cours d'appel en matière de révision d'une telle ordonnance discrétionnaire a également été abordée. C'est cette question secondaire qui a fait la renommée de l'arrêt *Shropshire*. Le juge Iacobucci a déclaré que les ordonnances de l'art. 744, comme l'indique l'art. 673, font partie de la « sentence » et qu'elles sont donc susceptibles d'appel conformément au par. 687(1) du *Code*. Il a ensuite formulé l'approche restrictive à adopter par les cours d'appel dans les termes suivants :

> Une cour d'appel ne devrait pas avoir toute latitude pour modifier une ordonnance relative à la détermination de la peine simplement parce qu'elle estime qu'une ordonnance différente aurait dû être rendue. La formulation d'une ordonnance relative à la détermination de la peine est un processus profondément subjectif; le juge du procès a l'avantage d'avoir vu et entendu tous les témoins, tandis que la cour d'appel ne peut se fonder que sur un compte rendu écrit. Il n'y a lieu de modifier la peine que si la cour d'appel est convaincue qu'elle n'est pas indiquée, c'est-à-dire si elle conclut que la peine est nettement déraisonnable.[13]

Le juge Iacobucci a adopté le raisonnement qu'a tenu le juge Bull dans l'arrêt *R.* c. *Gourgon*[14] selon lesquels les cours d'appel devraient prendre garde d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges de première instance à moins que cet exercice soit *manifestement erroné ou que le juge en cause ait appliqué des principes erronés ou ait ignoré ou souligné exagérément des facteurs appropriés*. Comme nous l'avons déjà noté, cette opinion a été rejetée par la majorité des cours d'appel, voire l'ensemble de celles-ci, au Canada, sinon en termes exprès du moins dans la réalité. L'attitude interventionniste formulée par le juge Culliton est celle qui a été retenue par les cours d'appel.

[11] *Morrissette*, précité, p. 313.
[12] [1995] 4 R.C.S. 227.
[13] *Ibid.*, p. 249 [soulignement ajouté].
[14] (1981), 58 C.C.C. (2d) 193. (C.A. C.-B.).

Il est vrai que les cours d'appel étaient sensibles aux avantages que possédaient les juges de première instance en matière de prononcé des peines, mais elles estimaient néanmoins que le par. 687(1) ou la disposition antérieure imposait aux cours d'appel l'obligation d'examiner soigneusement les motifs avancés par le juge pour prononcer la sentence attaquée et pour la modifier si la cour d'appel estimait, après un examen approfondi de toutes les circonstances, que la sentence n'était pas appropriée.

L'arrêt *Shropshire* a été suivi peu après par l'arrêt *R.* c. *M.(C.A.)*[15] dans laquelle le principe de retenue a été confirmé, précisé et élargi officiellement. Le juge en chef Lamer a déclaré :

> Plus simplement, sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une cour d'appel ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n'est manifestement pas indiquée. Le législateur fédéral a conféré expressément aux juges chargés de prononcer les peines le pouvoir discrétionnaire [au par. 717(1), maintenant le 718.3(1)] de déterminer le genre de peine qui doit être infligée en vertu du *Code criminel* et l'importance de celle-ci… Cette norme de contrôle, qui appelle à la retenue, a de profondes justifications fonctionnelles.[16]

Le juge en chef se lance ensuite dans une justification plutôt remarquable du principe de retenue à l'égard des peines imposées par les juges de première instance lorsqu'il n'y a pas eu de procès, lorsque l'accusé a plaidé coupable et lorsque le juge n'a pu prendre connaissance que d'observations orales et écrites sur cette question. Il s'est basé pour ce faire sur les points suivants : 1) le juge de première instance peut apprécier directement les observations présentées tant par la défense que par la Couronne, 2) il sert en première ligne de notre système de justice pénale et 3) il réside habituellement dans la communauté qui a subi les conséquences du crime du délinquant ou à proximité de celle-ci. Tous ces facteurs l'amènent à conclure que le juge de première instance est « à même de bien évaluer la combinaison particulière d'objectifs de détermination de la peine qui sera « juste et appropriée » pour assurer la protection de cette communauté; il ne faut pas intervenir à la légère dans les décisions du juge chargé de la détermination de la peine. »[17]

Si l'on examine la position adoptée par le juge en chef Culliton dans *Morrissette*, on constate facilement que ces deux opinions sont diamétralement opposées. Le juge de première instance qui n'a pas entendu les témoins ou l'accusé et qui se fie uniquement aux observations écrites ou orales n'est nullement avantagé par rapport aux cours d'appel. Cette soi-disant position privilégiée n'est pas différente de celle dont jouissent les cours d'appel. Fréquemment, la cour d'appel est mieux placée que le juge de première instance parce que l'appelant comparaît en personne et présente lui-même ses propres observations au sujet de la peine. Les cours d'appel des diverses provinces sont aussi bien placées que les juges de première instance pour ce qui est d'avoir un sentiment très juste de ce que souhaite la collectivité et pour évaluer la combinaison particulière d'objectifs que doit rechercher la peine pour qu'elle soit juste et appropriée. Nous ne vivons pas à des milliers de kilomètres dans un royaume éloigné (comme Ottawa) et nous sommes tout à fait capables

[15] [1996] 1 R.C.S. 500.
[16] *Ibid.*, p. 565.
[17] *Ibid.*, p. 566.

d'évaluer les facteurs pertinents en matière de peine. En fait, les décisions qu'a prononcées le juge Bayda dans *R.* c. *Taylor*[18] et dans *R.* c. *Morin*[19], à titre de juge dissident, ont confirmé les décisions prises par les juges de première instance, mais elles ont fait éloquemment ressortir que la Cour d'appel était parfaitement au courant des circonstances entourant les peines imposées et de ce qui était juste et approprié pour assurer la protection des collectivités concernées.

Malgré l'approche adoptée par la Cour suprême, le juge en chef Lamer a toutefois concédé dans *M.(C.A.)* que les cours d'appel avaient un rôle utile à jouer pour réduire la disparité entre les sentences même si l'on peut soutenir que l'attitude de retenue préconisée ne peut que restreindre la capacité de ces cours de réduire ces disparités. J'estime que le principe de retenue ne peut qu'encourager la disparité des peines et compliquer la tâche des cours d'appel qui s'attachent à réduire les différences injustifiées sur le plan des peines. Voir mes commentaires dans *R.* c. *Laliberté*.[20] Il est intéressant de noter que le juge en chef Lamer termine en déclarant ceci :

> … Je crois qu'une cour d'appel ne devrait intervenir afin de réduire au minimum la disparité entre les peines que dans les cas où la peine infligée par le juge du procès s'écarte de façon marquée et substantielle des peines qui sont habituellement infligées à des délinquants similaires ayant commis des crimes similaires.[21]

En fait, c'est ce que les cours d'appel ont toujours fait. La difficulté vient du fait que les cours d'appel doivent maintenant appliquer une norme qui les invite à la retenue lorsqu'il s'agit de réviser la sentence, norme qui a été résumée par le juge Sopinka de la façon suivante dans l'arrêt *R.* c. *McDonnell*[22] : 1) erreur sur les principes applicables, 2) omission par le juge de tenir compte d'un facteur pertinent, 3) importance trop grande accordée par le juge à un facteur approprié et 4) caractère manifestement inapproprié de la peine.

Il en résulte que les cours d'appel doivent maintenant faire preuve d'une grande retenue à l'égard des décisions de première instance et non plus d'une simple retenue comme cela avait été mentionné dans l'arrêt *Morrissette*. J'ai décrit en ces termes l'effet de cette jurisprudence dans l'arrêt *Laliberté* :

> Ces trois jugements de la Cour suprême ont eu de grandes répercussions sur la façon dont les cours d'appel examinent désormais les appels sur sentence. Qu'il suffise de dire qu'avant ces décisions, notre Cour n'avait pas adopté une attitude de « grande retenue » à l'égard des appels sur sentence. Désormais, comme le juge Bayda l'a noté dans *R.* c. *Horvath*[23], il faut maintenant substituer à l'attitude décrite par cette Cour dans les arrêts *Morrissette* et *Wenarchuk* l'attitude de « grande retenue » à l'égard des décisions de première instance décrite par la Cour suprême dans *Shropshire*, *M.(C.A.)* et *McDonnell*. Si le juge n'a pas commis d'erreur sur les principes, n'a pas omis de tenir compte d'un facteur pertinent ou n'a pas accordé une importance trop grande à un facteur approprié ou enfin n'a pas imposé une peine manifestement inappropriée, notre cour ne doit pas intervenir..

[18] [1998] 7 W.W.R. 704.
[19] (1995), 101 C.C.C. (3d) 124.
[20] [2000] S.J. No. 138.
[21] *M(C.A.)*, précité, note 15, p. 567.
[22] [1997] 1 R.C.S. 948.
[23] *R* c. *Horvath*, (1997), 152 Sask. R. 277, par. 23.

> Cette attitude de retenue à l'égard des appels sur sentence va favoriser les peines plus individualisées et par conséquent, une disparité plus grande des sentences si l'on se place du point de vue de l' « infraction » et non pas de celui du « délinquant » .[24]

Quel va donc être l'effet de cette attitude de retenue à l'égard des peines en général et de l'emprisonnement avec sursis en particulier? La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a récemment examiné la question de la norme applicable en matière de révision des peines dans *R.* c. *Mafi*[25], dans un appel qui portait sur la période préalable à la libération conditionnelle aux termes de l'art. 745.2 du *Code*. Le juge de première instance avait fixé à 20 ans cette période dans une affaire de double meurtre au deuxième degré par coups de couteau. Le juge de première instance a retenu la recommandation faite par le jury selon laquelle la période préalable à la libération conditionnelle devrait être de 20 ans. Le juge en chef McEachern et le juge Lambert ont fait droit à l'appel et ramené cette période à 15 ans. Le juge Braidwood a confirmé la décision du juge de première instance parce que la peine infligée ne se situait pas « en dehors de la gamme de peines acceptables pour ce type de meurtre au deuxième degré » .

Cela illustre parfaitement le problème que soulève cette attitude de retenue. La gamme retenue par le juge de première instance et le juge Braidwood était de 10 à 20 ans pour la période préalable à la libération conditionnelle. Cela constitue une gamme très large qui peut entraîner de grandes injustices. En pratique, l'appelant ne peut désormais fonder son appel que s'il découvre une erreur dans les principes appliqués en première instance.

Le juge Lambert a examiné cette question en détail. Il note que les modifications récentes apportées au *Code criminel* en matière de peine énoncent à l'al. 718.2*b*) :

> 718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants :
>
> . . .
>
> b) l'harmonisation des peines, c'est-à-dire l'infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables

et constate que cette disposition, qui énonce un principe qui a toujours joué un rôle important dans le domaine des peines, n'est nullement incompatible avec l'art. 745.4 qui énonce l'obligation du juge de première instance lorsqu'il impose une peine pour un meurtre au deuxième degré. Comme il le fait remarquer, la peine pour le meurtre au deuxième degré est l'emprisonnement à perpétuité combiné à une période préalable à la libération conditionnelle d'au moins 10 ans et de 25 ans au maximum. Cela ne représente pas toutefois la « fourchette acceptable » . Ce qui est acceptable doit s'apprécier en fonction des mêmes périodes imposées pour des meurtres semblables commis par des délinquants semblables dans des circonstances semblables. Cette fourchette se détermine de la même façon que pour les autres infractions. Cette fourchette ne va pas de zéro au maximum, c'est-à-dire de 0 à 14 ans, mais elle découle des crimes comparables commis par des personnes comparables dans des circonstances comparables.

Le problème que pose l'arrêt *Mafi* est que le juge de première instance avait adopté une

[24] *Laliberté*, précité, note 20, par. 13 et 14.
[25] 2000 BCCA 135.

fourchette trop large. Les fourchettes établies par les cours d'appel visent à fournir des lignes directrices utiles aux juges de première instance. Ces fourchettes ne doivent toutefois pas être tellement larges qu'elles risquent de priver l'accusé de son droit d'appel. Ces fourchettes ont été établies en fonction des décisions de première instance et d'appel et évoluent lorsque les circonstances le justifient. Voir par exemple, la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *R.* c. *Sweeney*[26] dans laquelle cette Cour a examiné si la valeur supérieure de la fourchette pour la conduite dangereuse ayant causé la mort ou la conduite avec facultés affaiblies ayant causé la mort n'avait pas atteint un niveau trop élevé.

Dans l'opinion du juge Lambert, l'élément essentiel qui permet de déterminer si une peine est manifestement inappropriée devrait être la question de savoir si la peine infligée représente un écart marqué par rapport à la valeur moyenne de la fourchette et non pas par rapport aux valeurs extrêmes. Cette approche est très intéressante, mais il paraît toutefois préférable de réduire la fourchette comme cela a été fait dans *Mafi*. Le juge Lambert note que les cours d'appel doivent assurer une certaine uniformité des peines en veillant à ce que la gamme des peines soit limitée en fonction des caractéristiques du contrevenant et de l'infraction.

Le juge en chef McEachern a noté les modifications apportées au *Code criminel* concernant le régime des peines ainsi que les décisions de la Cour suprême du Canada dans les affaires *Shropshire* et *M.(C.A.)* et il a déclaré ce qui suit :

> Il semble donc que la peine infligée dans une affaire donnée doit être semblable aux peines imposées à des délinquants semblables pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables. Il faut toutefois tenir compte parallèlement des autres objectifs et principes des peines, notamment les circonstances aggravantes ou atténuantes éventuelles et l'effet de l'infraction sur la famille et les amis de la victime. En outre, dans l'affaire récente *R.* c. *Gladue*[27], la cour a souligné le fait que les juges de première instance doivent tenir compte de toutes les dispositions de la partie XXIII du *Code criminel*.
>
> Les nouvelles modifications législatives et la jurisprudence ont fait du choix de la peine une tâche très complexe. En outre, si tous les principes énoncés sont correctement appliqués, il se pourrait que l'accusé ne puisse pas vraiment exercer son droit d'appel, si l'on tient compte de la retenue dont doivent faire preuve désormais les cours d'appel. Malgré ces commentaires, ce sont les règles en vigueur et je dois m'efforcer de les appliquer dans la présente affaire.[28]

Le juge en chef McEachern note ensuite que le souci d'équilibrer tous les facteurs influençant le choix de la peine risquait d'amener les juges de première instance et d'appel à moins se fonder sur leur jugement personnel. Il a soigneusement examiné tous les facteurs pertinents pour essayer de préciser la fourchette de peines appropriées en fonction non seulement de la durée de la période préalable à la libération conditionnelle fixée dans d'autres affaires, mais également en fonction de la situation particulière de l'accusé. Il a examiné les points suivants : les circonstances de l'infraction, la situation de l'accusé, les circonstances atténuantes et aggravantes, l'effet dissuasif et rétributif de la peine, la recommandation du jury et les possibilités de réinsertion

[26](1992), 71 C.C.C. (3d) 82.
[27]*R.* c. *Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688.
[28]*Mafi*, précité, note 24, par. 44 et 45.

sociale. Après avoir longuement passé en revue les principes applicables, il conclut, et c'est là l'essentiel, que la fourchette acceptable se situait entre 12 et 15 ans d'inadmissibilité à la libération conditionnelle, comme l'avait déclaré le juge Lambert. Il a conclu que la peine se situait, d'après lui, à l'extérieur de cette fourchette, mais il a estimé qu'il devait déterminer s'il y avait lieu de faire preuve de retenue à l'égard de la décision de première instance et de rejeter l'appel. Je ne partage pas cette opinion. Une fois qu'il a conclu que la peine se situait à l'extérieur de la fourchette acceptable, la peine n'est pas appropriée. Je suis d'accord avec lui lorsqu'il soutient que confirmer la décision du juge de première instance dans les circonstances qu'il a décrites reviendrait à confirmer une peine excessive et à supprimer en pratique le droit d'appel de l'accusé. C'est là le danger. Si les cours d'appel n'adoptent pas une certaine souplesse à l'égard de ces questions, elles vont créer des injustices au lieu de réduire les écarts et d'atténuer les injustices commises dans le domaine du prononcé des peines.

La Cour suprême du Canada semble avoir attribué judiciairement un nouveau sens au mot « justesse » . Il ne suffit pas que la sentence soit inappropriée, elle doit l'être *manifestement* et le juge de première instance doit avoir commis une erreur au sujet des principes applicables, omis d'examiner un facteur pertinent ou lui avoir accordé trop d'importance au moment du choix de la peine. Le juge en chef Lamer a souligné à nouveau ce principe dans l'arrêt *R.* c. *Proulx*[29], un appel concernant un emprisonnement avec sursis. Le juge en chef Lamer a déclaré : « Encore une fois, je souligne que les cours d'appel ne doivent pas remettre en question la décision du juge qui prononce la peine à moins que celle-ci ne soit manifestement inappropriée. »[30] Ce n'est là qu'un exemple parmi beaucoup d'autres où la Cour suprême vient restreindre les pouvoirs des cours d'appel. À long terme, cette attitude ne peut déboucher sur une approche positive à l'égard du prononcé des peines.

[29] [2000] 1 R.C.S. 61.
[30] *Ibid.*, par. 125.

ANALYSE EMPIRIQUE DE L'EMPRISONNEMENT AVEC SURSIS EN COLOMBIE-BRITANNIQUE*

Dawn North

Département de criminologie, Université Simon Fraser

INTRODUCTION

L'ordonnance de sursis à l'emprisonnement a été conçue comme une mesure de substitution à l'incarcération et introduite par le projet de loi C-41 (chapitre 22 des L.R.C. 1995), entré en vigueur en septembre 1996 qui contenait un ensemble de dispositions législatives visant à réformer le régime des peines. Cette mesure qui permet aux délinquants de purger leur emprisonnement dans la collectivité a suscité un débat considérable chez les spécialistes. Les premières recherches effectuées pour suivre les effets du projet de loi C-41 ont permis de constater plusieurs problèmes importants concernant l'utilisation des ordonnances de sursis.[1] Les rapports ultérieurs, notamment le rapport définitif qui présentait des données relatives à l'emprisonnement avec sursis dans toutes les régions du pays pour trois ans,[2] ont permis de réunir des renseignements très utiles au sujet de la mise en œuvre de cette nouvelle sanction et des perceptions de la magistrature et de la population.[3] Ces projets de recherche ont étoffé les connaissances dont on disposait au sujet de l'emprisonnement avec sursis, mais celles-ci contiennent des lacunes qu'il y aurait lieu de combler pour pouvoir procéder à une évaluation globale de cette sanction. Les lacunes les plus apparentes concernent la nécessité d'avoir des données fiables relatives aux aspects suivants : 1) les conditions facultatives qui ont été imposées, 2) le nombre et le type de sanction imposée par les juges en cas de manquement, et 3) le rapport entre les conditions imposées et les probabilités d'un manquement à ces conditions.

Les domaines de recherche décrits ci-dessus sont particulièrement pertinents si l'on pense à la décision que vient de prononcer récemment la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R.* c. *Proulx*.[4] Cette décision porte sur nombre de questions qu'a soulevé la mise en place des ordonnances de sursis à l'emprisonnement et elle a précisé, notamment, la façon dont le sursis à l'emprisonnement devrait être prononcé et l'importance des conditions facultatives pour ce

*Il s'agit d'une version abrégée d'un rapport que l'on peut se procurer auprès du ministère de la Justice du Canada.

[1]Voir ministère de la Justice : *Le recours à l'emprisonnement avec sursis : Aperçu des premières tendances* par C. LaPrairie et C. Koegl (Ottawa : ministère de la Justice, 1998), p. 6. En bref, ces problèmes concernent les aspects suivants de cette nouvelle mesure : 1) aggravation des peines qui pourrait avoir des répercussions sur le nombre des incarcérations, 2) perception de la population et des délinquants concernant la sévérité de la peine et 3) nécessité de disposer de ressources suffisantes en matière de traitement et de surveillance.

[2]Voir ministère de la Justice, *Les ordonnances de sursis à l'emprisonnement par province et territoire – Rapport définitif (6 septembre 1996 – 30 septembre 1999)* par C. LaPrairie (Ottawa : ministère de la Justice, 1999).

[3]Voir c. Marinos et A. Doob, « Understanding public attitudes toward Conditional Sentences of imprisonment » (1999), 21(5th) C.R. 31, et ministère de la Justice, *Attitudes des juges face à la condamnation avec sursis : résultats du sondage national* par J.V. Roberts, A. N. Doob et c. Marinos (Ottawa : ministère de la Justice, 1999).

[4]Voir *R.* c. *Proulx*, [2000] S.C.J. n° 6. Ce jugement traite également de la nature de la fonction, de ses objectifs et de l'imposition de conditions appropriées.

qui est de la réalisation des objectifs de la peine, à savoir la dénonciation et la dissuasion. Ce jugement reflète implicitement l'opinion selon laquelle jusqu'ici les conditions facultatives dont ont été assorties les ordonnances de sursis n'étaient pas suffisamment sévères, ce qui a par conséquent empêché cette mesure de permettre la réalisation de ces objectifs pénologiques. Pour déterminer si le jugement a eu une influence sur les pratiques pénologiques en première instance, il faut disposer de données de base « antérieures à *Proulx* » (antérieures à janvier 2000). La présente étude avait notamment pour objet de fournir un portrait statistique systématique de l'emprisonnement avec sursis avant cet arrêt-clé. On pourra ainsi procéder en 2001 à une évaluation valide de l'effet qu'a eu cette décision.

Nature de l'étude

La présente étude contient une analyse détaillée du recours aux ordonnances de sursis à l'emprisonnement dans trois tribunaux de la Colombie-Britannique. Elle fournit des renseignements généraux sur le recours à l'emprisonnement avec sursis (notamment le type d'infraction commise, la durée de la peine et la nature des conditions facultatives imposées) et des renseignements précis au sujet du nombre, du type et de la sanction des manquements aux conditions. Ces dernières données sont essentielles pour la plupart des questions qu'a soulevées la mise en place de cette peine (aggravation des peines, réduction de l'incarcération, perception de la population, effet dissuasif).[5]

Questions abordées dans l'étude

La présente étude fournit des données de base fort utiles concernant le recours aux ordonnances de sursis en Colombie-Britannique et elle apporte également des réponses aux trois questions suivantes :

- Quel est le nombre des manquements rapportés?
- Quels sont les types de manquements rapportés?
- Quelles sanctions judiciaires ont-ils entraîné?

RÉSULTATS[6]

Nombre des ordonnances de sursis à l'emprisonnement

- En 1998 : les juges siégeant à la Cour provinciale de Vancouver ont prononcé 466 ordonnances de sursis (concernant 1 019 dénonciations), les juges de la Cour provinciale de Burnaby ont prononcé 81 ordonnances de sursis (concernant 133 dénonciations) et les juges de la Cour provinciale de Port Coquitlam ont prononcé 67 ordonnances de sursis (concernant 97 dénonciations). Dans l'ensemble, un peu moins de la moitié (49,2 %) des ordonnances concernaient une seule accusation.[7]

Renseignements sur l'infraction – Types d'infractions (tableau I)

- Dans tous les tribunaux, la majorité des emprisonnements avec sursis ont été imposés

[5]On trouvera une analyse complète de ces questions dans J. Gemmell, «The new conditional sentencing regime » (1997) 39 C.L.Q. 334-361; P. Healy, «Questions and answers on conditional sentencing in the Supreme Court of Canada » (1999) 42(1) C.L.Q. 12-37; K. Jull, «Reserving rooms in jail: A principled approach » (1999), 42(1) C.L.Q. 67-115; et J.V. Roberts, «The hunt for the paper tiger: Conditional sentencing after *Brady* » (1999), 42(1) C.L.Q. 38-66.

[6]Les résultats contenus dans le «rapport définitif» préparé par Carol La Prairie, précité, note 2 sont mentionnés de façon à fournir un *contexte* et non pas à des fins de comparaison.

[7]Cela s'oppose aux résultats de La Prairie selon lesquels « l'immense majorité des ordonnances visait une seule accusation » . *Ibid.*, p.2.

pour des infractions contre les biens (infraction la plus grave) : Vancouver (61,6 %), Burnaby (65,4 %) et Port Coquitlam (50,7 %). Dans l'ensemble, les infractions contre les biens représentaient 60,9 p. 100 des ordonnances, les infractions contre la personne 14,0 p. 100, les infractions reliées aux stupéfiants (LDS) 19,2 p. 100, infractions relatives à l'administration de la justice 2,9 p. 100, infractions relatives à un véhicule à moteur 1,1 p. 100 et « autres » 1,8 p. 100.

- Lorsque nous avons analysé les données de Vancouver dans la catégorie « toutes les infractions » (pas uniquement l'infraction la plus grave), les pourcentages des différentes catégories d'infractions sont demeurés à peu près les mêmes, bien que les infractions contre l'administration de la justice (c.-à-d. défaut de comparution, violation de la probation) passaient de 2,4 à 12 p. 100, et que l'on ait constaté une diminution parallèle des infractions contre la personne et des infractions relatives aux stupéfiants qui tombaient respectivement de 11,6 à 8 p. 100 et de 22,7 à 15 p. 100.

- L'analyse de « toutes les infractions » pour Vancouver (466 emprisonnements avec sursis/1 059 accusations) indique que plus de la moitié (50,2 %) des accusations fondées sur des « infractions contre les biens » étaient des vols de moins de 5 000 $[8] et 87,2 p. 100 des « infractions relatives aux drogues » concernaient des accusations de trafic.

Durée de la peine selon l'infraction (tableau II)[9]

- Parmi les infractions examinées,[10] la peine moyenne la plus longue (emprisonnement avec sursis seulement) a été imposée pour

TABLEAU I

Ordonnances de sursis par catégorie d'infractions

Ordonnances de sursis – Catégorie d'infractions (infraction la plus grave) – Tous les tribunaux (n=614)

Lieu	Bien		Personne		LDS		Admin.		Conduite		Autres CC		Total
	#	%	#	%	#	%	#	%	#	%	#	%	
Vancouver	287	61,6 %	54	11,6 %	106	22,7 %	11	2,4 %	2	0,4	6	1,3 %	466
Burnaby	53	65,4 %	14	17,3 %	6	7,4 %	3	3,7 %	2	2,5	3	3,7 %	81
Port Coquitlam	34	50,7 %	18	26,9 %	6	9,0 %	4	6,0 %	3	4,5	2	3,0 %	67
Total	**374**	**60,9 %**	**86**	**14,0 %**	**118**	**19,2 %**	**18**	**2,9 %**	**7**	**1,1**	**11**	**1,8 %**	**614**

Biens = vol, possession de biens volés, introduction par effraction, fraude, faux
Personne = voies de fait (simples, agression sexuelle, attentat aux mœurs), voies de fait avec arme, voies de fait ayant causé des lésions corporelles, voies de fait graves, menaces/harcèlement, vol qualifié.
LDS = possession, trafic, culture
Admin. = défaut de comparaître, violation d'une condition de mise en liberté ou probation
Conduite = dangereuse, avec faculté affaiblies (et ayant causé la mort), délit de fuite
Autres = infractions relatives aux armes, entrave à agent de la paix, communication

[8]Un quart (25,1 %) des sursis à l'emprisonnement de Vancouver ont été imposés pour des accusations de vols de moins de 5 000 $ (infraction la plus grave).

[9]Ces données concernent exclusivement les 302 affaires (tous les tribunaux) ayant donné lieu au prononcé d'un emprisonnement avec sursis à l'égard d'une seule accusation pénale. Pour les ordonnances visant plusieurs accusations, il n'a pas toujours été possible de connaître la durée de la peine correspondant à chacune des accusations. Sur les 302 ordonnances correspondant à une seule accusation, l'on a retrouvé six infractions donnant lieu à un nombre suffisant d'ordonnances pour pouvoir être analysées (nombre fixé supérieur à au moins 10 ordonnances).

[10]Vol de moins de 5 000 $, fraude de plus de 5 000 $, introduction par effraction, voies de fait, voies de fait graves / voies de fait causant des lésions corporelles et trafic (LDS).

les infractions contre les biens : introduction par effraction (9,3 mois), et fraude de plus de 5 000 $ (7,8 mois).

- La durée moyenne de l'emprisonnement avec sursis pour les accusations de vol de moins de 5 000 $ était de 4,0 mois. C'est pour cette accusation que la durée variait le plus, allant de une semaine à deux ans moins un jour.[11]

- La durée moyenne des peines prononcées pour les « infractions contre la personne » examinées étaient les suivantes : voies de fait simples (4,2 mois), voies de fait graves/voies de fait causant des lésions corporelles (5,5 mois).

- La durée moyenne de l'emprisonnement avec sursis prononcé pour le trafic ou la possession aux fins de faire le trafic (LDS) était de 4,4 mois.

Conditions facultatives (tableau III)

- Pour ce qui est de l'ensemble des ordonnances d'emprisonnement avec sursis (n=614) : 7,3 p. 100 (45) ne contenaient que les conditions obligatoires, la majorité (53,1 %) contenaient de une à trois conditions facultatives, 30,9 p. 100 imposaient de quatre à six conditions facultatives et 8,6 p. 100 plus de sept conditions. En moyenne, les ordonnances de sursis à l'emprisonnement étaient assorties de conditions plus nombreuses que

TABLEAU II

Ordonnances de sursis durée et infraction

Ordonnances de sursis durée (en mois) et infraction*

Infraction	# de cas	Fourchette		Moyenne	Médian
		De	À		
Fraude de plus de 5 000 $	17	3,00	18,00	7,8	6,0
Vol de moins de 5 000 $	49	0,25	24,00	4,0	3,0
Introduction par effraction	63	1,00	24,00	9,3	9,0
Voies de fait	12	0,75	6,00	4,2	4,5
Voies de fait avec lésions/ voies de fait graves	12	3,00	9,00	5,5	5,0
Trafic (LDS)	62	1,00	18,00	4,4	3,0

* Se rapporte aux ordonnances ne portant que sur une seule accusation :
- Vancouver = 217 sur 466
- Burnaby = 44 sur 81
- Port Coquitlam = 41 sur 67
- Total = 302 sur 614

Note : Seules les infractions pour lesquelles au moins 10 ordonnances ont été rendues figurent dans le tableau.

[11]Ce renseignement n'a pas été codé dans l'examen des dossiers, mais il y a eu de nombreux cas où la durée de l'emprisonnement avec sursis était supérieure à la peine maximale d'emprisonnement prévue par la loi pour les infractions sommaires (six mois). Cela ne s'explique pas par le fait que la Couronne aurait procédé par « voie de mise en accusation » pour les infractions mixtes (cela a été vérifié), mais plutôt par le fait que les juges auraient à un moment donné mélangé cette sanction avec la probation.

TABLEAU III

Conditions des ordonnances de sursis et des ordonnances de probation – Vancouver

	Condition	Ordonnances de sursis				Condition	Probation	
**	**classée en fonction du %	#	%	***	**	***classée en fonction du %	#	%
1	*Demeurer dans une résidence/en rechercher une**	*466*	*100,0 %*	*1*	*2*	*Se rapporter – comme prévu**	*162*	34,8 %
2	*Se rapporter – comme prévu**	*466*	*100,0 %*	*2*	4	counselling – drogues/alcool	85	18,2 %
3	*Déplacement restreint/ ressort du tribunal**	*466*	*100,0 %*	*3*	1	*Demeurer dans une résidence/ en rechercher une**	*65*	13,9 %
4	Counselling – drogues/alcool	206	44,2 %	4	7	Autres – préciser	45	9,7 %
5	Traitement en résidence ou en centre de rétablissement	173	37,1 %	5	8	Liberté restreinte (récidive)	40	8,6 %
6	Obéir aux règles et règlements	144	30,9 %	6	9	Travaux communautaires	38	8,2 %
7	Autres – préciser	103	22,1 %	7	15	Contact interdit (protection)	30	6,4 %
8	Liberté restreinte (récidive)	100	21,5 %	8	14	counselling – général/comme demandé	28	6,0 %
9	Travaux communautaires	96	20,6 %	9	5	Traitement en résidence/centre de rétablissement	20	4,3 %
10	S'abstenir de consommer des drogues	94	20,2 %	10	10	S'abstenir de consommer des drogues	19	4,1 %
11	Fournir un échantillon d'haleine/ urine/sang	87	18,7 %	11	11	Fournir un échantillon d'haleine/ urine/sang	17	3,6 %
12	Couvre-feu	83	17,8 %	12	13	Alcool interdit	13	2,8 %
13	Alcool interdit	64	13,7 %	13	18	Restriction relative aux armes	13	2,8 %
14	Counselling – général/comme demandé	12	12,0 %	14	25	Restitution	12	2,6 %
15	Contact interdit (protection)	38	8,2 %	15	6	Obéir aux règles et règlements	11	2,4 %
16	Détention à domicile	34	7,3 %	16	17	Conserver/trouver un emploi	10	2,1 %
17	Conserver/trouver un emploi	32	6,9 %	17	20	Counselling – psych/psych	9	1,9 %
18	Restriction relative aux armes	29	6,2 %	18	3	*Déplacement restreint/ressort du tribunal**	*8*	1,7 %
19	Révision (par le tribunal)	26	5,6 %	19	22	Liberté restreinte (protection)	8	1,7 %
20	Counselling – psych/psych	25	5,4 %	20	19	Révision (par le tribunal)	7	1,5 %
21	Lettre d'excuses	15	3,2 %	21	12	Couvre-feu	5	1,1 %
22	Liberté restreinte (protection)	14	3,0 %	22	16	Détention à domicile	3	0,6 %
23	Contact interdit (assoc/coaccusé)	11	2,4 %	23	23	Contact interdit (assoc/coaccusé)	3	0,6 %
24	Se rapporter – comme prévu	10	2,1 %	24	26	Counselling – gestion de la colère	3	0,6 %
25	Restitution	8	1,7 %	25	27	Contact interdit (inconnu)	3	0,6 %
26	Counselling – gestion de la colère	6	1,3 %	26	21	Lettre d'excuses	2	0,4 %
27	Contact interdit (inconnu)	6	1,3 %	27	28	Liberté restreinte (inconnu)	1	0,2 %
28	Liberté restreinte (inconnu)	4	0,9 %	28	29	Entretenir personnes à charge	1	0,2 %
29	Entretenir personnes à charge	3	0,6 %	29	30	Éducation	1	0,2 %
30	Éducation	2	0,4 %	30	32	Restriction à la conduite	1	0,2 %
31	Rédaction	1	0,2 %	31	24	Se rapporter – comme prévu	0	0,0 %
32	Restriction à la conduite	0	0,0 %	32	31	Rédaction	0	0,0 %
	Nombre total des ordonnances	**466**	**100,0 %**			**Nombre total des ordonnances**	**178**	**38,2 %**

= nombre de fois où la condition a été imposée
% = le nombre de fois / nombre total d'ordonnances

celles qui étaient associées aux ordonnances de probation (emprisonnement avec sursis : moyenne=3.2/médiane=3,0; probation : moyenne = 2,7/médiane=2,0).[12]

- Dans l'ensemble, les trois principales conditions facultatives imposées (tous les tribunaux) concernaient l'abus de certaines substances. En moyenne, 45,1 p. 100 des ordonnances prévoyaient un traitement pour la toxicomanie ou l'alcoolisme, 37,4 p. 100 prévoyaient un « traitement en résidence/centre de rétablissement. » et 27,9 p. 100 exigeaient le respect de « règles/règlements » (des centres de traitement et de récupération).

- À l'exception des travaux communautaires (figurant dans 20,6 p. 100 des ordonnances prononcées à Vancouver), les conditions pouvant être qualifiées de « réparatrices » étaient relativement rares : rédiger un texte (0,2 %), lettre d'excuses (3,2 %) et restitution (1,7 %).

- 17,8 p. 100 des ordonnances de sursis étaient assorties d'un couvre-feu, 7,3 p. 100 de la détention à domicile et 5,6 p. 100 des ordonnances exigeaient que le délinquant comparaissent devant le juge pour la révision de sa sentence.

Objectifs de la peine et conditions facultatives

Une des différences qui existe entre les ordonnances de sursis à l'emprisonnement et les ordonnances de probation réside dans l'objectif sous-jacent aux conditions facultatives dont elles sont assorties. En théorie, les conditions de la probation visent davantage la réinsertion sociale du délinquant alors que celles de l'ordonnance de sursis visent plutôt à empêcher la récidive.[13] La classification des conditions facultatives en fonction de leur orientation principale (traitement/délinquant, punition/protection du public, réparation/collectivité),[14]

GUIDE DE CLASSIFICATION – CONDITIONS FACULTATIVES

Traitement/conditions axées sur le délinquant :	
Alcool interdit	T
Drogues interdites	T
Traitement en résidence/centre de rétablissement	T
Counselling – gestion de la colère	T
Counselling – drogues/alcool	T
Counselling – général/comme demandé	T
Counselling – psychiatrique/psychologique	T
Éducation	T
Conserver/trouver un emploi	T
Obéir aux règles et règlements (des centres de rétablissement)	T
Révision (devant le tribunal) par le juge	T
Présenter sur demande un échantillon d'haleine, d'urine, de sang	T
Conditions punitives et axées sur la protection du public :	
Liberté restreinte (protection)	P
Liberté restreinte (récidive)	P
Liberté restreinte (inconnu)	P
Couvre-feu	P
Restriction de la conduite	P
Détention à domicile	P
Contact interdit (association/coaccusé)	P
Contact interdit (protection)	P
Contact interdit (inconnu)	P
Restriction relative aux armes	P
Conditions axées sur la réparation et sur la collectivité :	
Travaux communautaires	R
Lettre d'excuses à la victime	R
Restitution à la victime	R
Rédaction (sujet choisi par le juge)	R

[12]Des résultats similaires ont été obtenus dans une étude qui comparait les conditions facultatives dont étaient assortis le sursis à l'emprisonnement et les ordonnances de probation. Voir J. Roberts, D. Antonowicz et T. Sanders, « Conditional sentences of imprisonment: An Empirical analysis of optional conditions » (2000), 30(5th) C.R., p. 121.

[13]*Ibid.*, p. 115.

indique cependant que l'emprisonnement avec sursis a été principalement utilisé pour réaliser, dans cet ordre, des objectifs de traitement et de réinsertion sociale, de punition et de protection du public ensuite, et enfin de réparation et de protection de la collectivité. Ce classement ne change pas lorsque l'on pose la question suivante à savoir « quel est le nombre des conditions facultatives se rapportant à chacun de ces objectifs? » « ou quel est le nombre des ordonnances qui contenaient des conditions facultatives visant chacun de ces objectifs? »

- Pour ce qui est de la première question, deux tiers environ (67,3 %) des conditions facultatives (sur les 1 897 conditions classées) étaient orientées sur le traitement et le délinquant, 23,2 p. 100 sur la punition et la protection du public et 9,3 p. 100 sur la réparation et la protection de la collectivité.[15] Ces pourcentages demeurent pratiquement inchangés d'un tribunal à l'autre.

- Lorsque la question a été reformulée de la façon suivante : « quel est le nombre des ordonnances de sursis à l'emprisonnement qui contenaient des conditions facultatives visant ces différentes orientations? » , le classement est demeuré inchangé. Dans l'ensemble, 78 p. 100 des ordonnances contenaient des conditions facultatives orientées vers le traitement et le délinquant, 49,5 p. 100 vers la punition et la protection du public et 26,4 p. 100 la réparation et la protection de la collectivité.

Cette façon de déterminer l'orientation des peines imposées comporte manifestement des faiblesses, mais cette analyse permet d'attirer l'attention sur l'importance des conditions facultatives pour ce qui est d'établir et de communiquer les principes et les objectifs de la peine. Surtout, si l'on procède à une analyse semblable après l'arrêt *Proulx*, on pourra peut-être préciser l'effet de cette décision pour ce qui est du recours à des conditions facultatives appropriées.

Manquements connus (tableaux IV – VI)

Taux de manquement aux conditions, processus, réaction et conclusions

- Le taux général des manquements aux conditions pour les trois tribunaux était de 37,6 p. 100 (231 ordonnances ont donné lieu à des manquements sur un total possible de 614).[16] À Vancouver, des rapports contenant des « allégations de manquement » ont été posés dans 40,6 p. 100 (189) des dossiers examinés, à Burnaby, ce pourcentage était de 34,6 p. 100 (28) et à Port Coquitlam, de 20,9 p. 100 (14).

- Les manquements concernaient le plus souvent les « conditions facultatives » à Vancouver (34,7 %) et à Port Coquitlam (57,1 %), et les manquements multiples à Burnaby (35,7 %). L'analyse de ces chiffres est une opération complexe en raison du

[14]Il y a plusieurs conditions facultatives qui sont compatibles avec plusieurs objectifs (c.-à-d. les travaux communautaires peuvent être considérés comme étant punitifs ou réparateurs), mais les conditions ont été classées selon leur orientation principale la plus généralement acceptée – voir le *guide de classification* joint aux « tableaux » .

[15]Lorsqu'on classe les ordonnances en fonction du *nombre* de fois où certaines conditions sont imposées, on risque de privilégier la « quantité » sur la « qualité » . On pourrait soutenir par exemple qu'une « condition » relativement rigoureuse (c.-à-d. détention à domicile 24 heures sur 24 ou un grand nombre d'heures de travaux communautaires) devrait se voir accorder une importance plus grande qu'une « condition » consistant à « suivre un programme de counselling pour la toxicomanie selon les directives » .

[16]La Prairie a évalué à 26 p. 100 le taux des manquements pour la C.-B. – précité, note 2, p.6.

grand nombre d'allégations faisant état de manquements « multiples » .[17] *Voir le tableau IV.*

- L'analyse des données de Vancouver indique que les allégations les plus fréquentes dont faisaient état les rapports concernaient les manquements suivants : 1) « omission de se rapporter à un agent de surveillance comme prévu » (33,1 %), 2) défaut de suivre un « traitement en résidence ou en centre de rétablissement » (30,0 %), et 3) perpétration de nouvelles infractions (13,7 %). *Voir le tableau V.*

- Vancouver : Certaines conditions ou types de conditions donnaient lieu à des taux de manquement plus élevés que prévus.[18] Les ordonnances assorties de conditions interdisant la consommation de stupéfiants étaient par exemple plus fréquemment violées (51,2 %), que les ordonnances qui n'en contenaient pas (21,2 %).[19] On a obtenu des résultats comparables avec les conditions obligeant le délinquant à suivre un traitement de la toxicomanie en résidence. Les ordonnances assorties de cette condition ont donné lieu à des manquements dans 64,7 % des cas, contre 26,3 p. 100 pour les ordonnances qui ne comportaient pas cette condition.[20]

- Vancouver : 26 rapports contenant des allégations sur 189 (13,8 %) faisaient état de la perpétration de nouvelles infractions – le manquement allégué étant que la condition « ne pas troubler l'ordre public et avoir une bonne conduite » n'avait pas été respectée.[21] Ce chiffre est toutefois difficile à interpréter parce que les allégations de manquement visant uniquement la perpétration de nouvelles infractions n'ont pas toutes été traitées en 1998.[22]

- Vancouver : 27,3 p. 100 des délinquants détenus en raison d'un manquement[23] ont été libérés en attendant l'audience, 22,7 p. 100

[17]À Vancouver et à Burnaby, près d'un tiers (32,1 % et 35,7 % respectivement) des rapports sur les manquements contenaient des allégations de manquements multiples. Le délinquant qui s'est absenté sans permission d'un centre de rétablissement, par exemple, ne réside pas non plus là où il doit, il ne respecte pas la détention à domicile ou un couvre-feu, les règles et règlements du foyer, et ne suit pas le programme de counselling prévu, etc.

[18]On pourrait évidemment expliquer ce résultat en disant qu'il y a certains types de délinquants « à haut risque » (c.-à-d. les toxicomanes) qui ont tendance à être visés par ce genre de conditions. Quoi qu'il en soit, ces résultats sont intéressants dans la mesure où ils semblent suggérer que certaines conditions, ou la nécessité d'imposer certaines conditions, est important pour savoir si une ordonnance de sursis à l'emprisonnement sera ou non purgée sans manquement.

[19]Pour ce qui est de la variable « stupéfiants » , les ordonnances n'étaient classées sous « oui » que si elles faisaient expressément référence à la nécessité de suivre un programme de counselling en toxicomanie ou de participer à un traitement en résidence. Les conditions mentionnant uniquement la nécessité de s'abstenir de consommer des stupéfiants ont été classées dans le « non » pour ce qui est de la variable « stupéfiants » .

[20]L'obligation de suivre un traitement en résidence (par opposition à un programme de counselling en toxicomanie) reflète probablement la gravité, perçue ou réelle, du problème de toxicomanie dont souffre le délinquant.

[21]La majorité (34,6 %) des ordonnances ayant donné lieu à un manquement en raison de la perpétration d'une « nouvelle infraction » ont été prononcées à l'origine pour des infractions de vols de moins de 5 000 $ (MSO), 19,2 % pour l'introduction par effraction, le trafic de stupéfiants (LDS) et la possession de biens volés, et 3.8 % pour le vol qualifié et « autres » infractions.

[22]Cette pratique ou politique des procureurs de la Couronne concerne l'impossibilité pour les tribunaux de suspendre l'exécution des ordonnances de sursis à l'emprisonnement prononcées en 1998. (Entrevue personnelle avec des procureurs de la Couronne de Vancouver, mars 2000). Les autres difficultés reliées à l'expression « manquement par la perpétration d'une nouvelle infraction » sont analysées dans la version intégrale du présent rapport.

[23]93 % (176) de ces délinquants ont été détenus à la suite d'un manquement. Les 13 autres cas ont été réglés de la façon suivante : 1) délivrance d'une sommation, 2) le délinquant a comparu de lui-même ou 3) mandats non exécutés.

TABLEAU IV

Nombre et type des manquements connus – Tous les tribunaux

Lieu	# de manquements	% **	Type de manquement										Total
			Obligatoires		Facultatives		Nouvelle inf.		Multiple*		C/I		
Vancouver	189 #os = 466	40,6 %	45	23,7 %	66	34,7 %	12	6,3 %	61	32,1 %	5	2,6 %	189
Burnaby	28 #os = 81	34,6 %	8	28,6 %	6	21,4 %	3	10,7 %	10	35,7 %	1	3,6 %	28
Port Coquitlam	14 #os = 67	20,9 %	2	14,3 %	8	57,1 %	3	21,4 %	1	7,1 %	0	0,0 %	14
Total	**231**	**37,6 %**	**55**	**23,8 %**	**80**	**34,6 %**	**18**	**7,8 %**	**72**	**31,2 %**	**6**	**2,6 %**	**231**

*« Multiple » fait référence aux rapports contenant des allégations selon lesquelles plus d'un «type » de manquements (c.-à-d. ne pas se présenter et commettre une nouvelle infraction) sont mentionnés.

TABLEAU V

Conditions particulières ayant fait l'objet d'un manquement

N°	Condition	# imposée	% imposés	# de manquements	% de manquements
1	*Se rapporter – comme demandé**	*466*	21,1 %	85	33,1 %
2	Traitement en résidence/centre de rétablissement	173	7,8 %	77	30,0 %
3	Couvre-feu	83	3,8 %	24	9,3 %
4	*Demeurer dans une résidence/en rechercher une**	*466*	21,1 %	16	6,2 %
5	Obéir aux règles et règlements	144	6,5 %	16	6,2 %
6	Liberté restreinte (récidive)	100	4,5 %	13	5,1 %
7	Interdiction des drogues	94	4,3 %	6	2,3 %
8	Détention à domicile	34	1,5 %	5	1,9 %
9	Autres – préciser	103	4,7 %	4	1,6 %
10	Révision (par le tribunal)	26	1,2 %	3	1,2 %
11	Travaux communautaires	96	4,3 %	2	0,8 %
12	Présenter un échantillon d'haleine/ urine/sang sur demande	87	3,9 %	2	0,8 %
13	Alcool interdit	64	2,9 %	1	0,4 %
14	Counselling – drogues/alcool	206	9,3 %	1	0,4 %
15	Contact interdit (protection)	38	1,7 %	1	0,4 %
16	Restriction relative aux armes	29	1,3 %	1	0,4 %
	Total	**2209**	**100,0 %**	****257**	**100,0 %**
	Nouvelle infraction			26	***13,8 %

* conditions obligatoires de l'os
** ce nombre est supérieur au # des manquements (189) à cause des manquements multiples
*** 26/189 (calculé séparément des manquements aux conditions)

imposé = # de fois que la condition figure dans une ordonnance
% imposé = # de fois que la condition est imposée / total du nombre des conditions imposées (2 209)
# des manquements = # des fois où il est allégué que la condition a donné lieu à un manquement
% des manquements = # des manquements / total du # des conditions pour lesquelles il est allégué qu'il y a eu manquement (257)

ont été détenus et 50 p. 100 sont demeurés en détention « avec leur consentement ».

- Vancouver : L'immense majorité (93 %) des 84 p. 100 (159) des délinquants ayant assisté à une audience ont reconnu les manquements. Pour les 11 (7 %), qui contestaient les allégations de manquement, six d'entre eux ont vu leur manquement établi et 5 p. 100 non établi.[24]

Mesures judiciaires prises

- Les « mesures judiciaires prises » à l'égard des manquements étaient connues dans 90 p. 100 (208) des 231 cas étudiés (le 10 % restant représentait des allégations de manquements qui ont été retirées par la Couronne ou n'avaient pas encore été entendues par un juge). Les mesures se répartissaient de la façon suivante : 37,5 p. 100 (78) des emprisonnements avec sursis ont donné lieu à une incarcération, l'ordonnance étant annulée, 26,9 p. 100 (56) ont donné lieu à la modification des conditions, 17,8 p. 100 (37) des ordonnances ont été suspendues et une partie de la peine purgée en détention, 13,5 p. 100 (28) n'ont pas débouché sur la prise de mesures et 4,3 p. 100 (9) ont été rejetées. *Voir tableau VI.*

- Les juges de Vancouver ont mis fin à un plus grand pourcentage d'ordonnances de sursis que ne l'ont fait les juges des deux autres tribunaux. Le pourcentage d'annulation du sursis à l'emprisonnement à Vancouver (mesure judiciaire) a été de 39,8 p. 100; à Burnaby, il était de 33,3 p. 100 et à Port Coquitlam, de 15,4 p. 100.

- L'analyse des données relatives aux manquements à Vancouver indique que tous les manquements ne donnent pas lieu au même type de mesures judiciaires. Les manquements les plus susceptibles d'entraîner l'annulation du sursis à l'emprisonnement étaient les suivants : détention à domicile (60 %), nouvelle infraction (58,3 %), traitement résidentiel (51,4 %) et couvre-feu (41,7 %).

TABLEAU VI

Mesures judiciaires prises* : tous les tribunaux

	Vancouver		Burnaby		Port Coquitlam		Total	
	#	%	#	%	#	%	#	%
Rejet des allégations	7	4,1 %	2	8,3 %	0	0,0 %	9	4,3 %
Pas de mesure	21	12,3 %	3	12,5 %	4	30,8 %	28	13,5 %
Modification des conditions	49	28,7 %	5	20,8 %	2	15,4 %	56	26,9 %
Suspension de l'os – incarcération pour une partie de la peine	26	15,2 %	6	25,0 %	5	38,5 %	37	17,8 %
Annulation de l'os	68	39,8 %	8	33,3 %	2	15,4 %	78	37,5 %
Total	**171**	**100,0 %**	**24**	**100,0 %**	**13**	**100,0 %**	**208**	**100,0 %**

* Les allégations de manquements qui ont été retirées (par la Couronne) ou pas encore entendues par un tribunal ont été supprimées.

[24]L'écart éventuel entre le nombre des allégations notées « non établies » (5) et celui des allégations rejetées (7) est dû au fait que dans certains cas où les allégations ont été rejetées, la « réponse » et la « conclusion » n'étaient pas clairement indiquées (codé comme inconnu pour la recherche).

ANALYSE

Remarques générales sur les pourcentages des manquements

Les résultats de l'étude indiquent que l'évaluation antérieure des taux des manquements pour la C.-B. (26 %)[25] était peut-être trop optimiste. L'on peut tirer trois conclusions de la différence constatée entre cette évaluation et les taux relativement élevés de manquements enregistrés dans deux des trois tribunaux examinés. Premièrement, il est possible que l'évaluation de 26 p. 100 ait été fondée sur des données incomplètes ou peu fiables, les manquements aux conditions du sursis à l'emprisonnement n'étant pas suivis de façon fiable en Colombie-Britannique dans les bases de données judiciaires ou correctionnelles. Le nombre relativement important de délinquants commettant des infractions reliées aux stupéfiants en C.-B., en particulier dans le centre-ville de Vancouver, explique peut-être le fait que le nombre de manquements constatés dans l'étude est plus élevé que prévu.

Ce résultat pourrait également s'expliquer par la différence observée entre les taux de manquements « urbains » (Vancouver) et « suburbains » (Burnaby et Port Coquitlam). Il est possible que le taux élevé correspondant à Vancouver (40,6 %), par exemple, soit compensé par des pourcentages plus faibles enregistrés dans des régions rurales et suburbaines où la population est moins dense. Si cela est bien le cas, un *taux général* de 26 p. 100 pour la province est peut-être exact.

La dernière possibilité est que les incompatibilités observées résultent d'une combinaison de ces facteurs – données incomplètes et variations des taux. Il est toutefois clair qu'il faut poursuivre la collecte et l'analyse de données fiables concernant les taux de manquements au sursis à l'emprisonnement. Cela est particulièrement essentiel si l'on veut répondre aux affirmations selon lesquelles cette mesure n'a pas encore réussi à réduire le nombre des admissions dans les établissements provinciaux.

Le nombre relativement faible d'ordonnances codées (614) interdit de faire des déclarations définitives sur l'existence de variables permettant de prévoir les manquements, mais ces résultats indiquent que certains facteurs sont reliés à des taux de manquements élevés et que d'autres ne le sont pas. Pour ce qui est de ce dernier groupe, la race, le sexe et la catégorie d'infraction semblent en général dépourvus de rapport avec la possibilité qu'un rapport de manquements soit déposé, même s'il existe des exceptions. Dans le cas de Burnaby et de Port Coquitlam, par exemple, il semble que les infractions contre les biens aient donné lieu à un taux de manquements plus élevé que l'on aurait pu prévoir et les infractions contre les personnes un taux de manquements plus faible que prévu. Il est également possible que certaines infractions faisant partie de ces catégories (c.-à-d. l'introduction par effraction) soient associées à des taux de manquements élevés qui sont compensés par la faiblesse des taux correspondant aux autres infractions de la même catégorie (c.-à-d. la fraude). Là encore, l'on peut se poser des questions sur l'intérêt de comparer des « moyennes » ou des « catégories » lorsqu'il s'agit d'étudier les taux de manquements aux conditions des ordonnances d'emprisonnement avec sursis.

On a identifié plusieurs facteurs qui semblent reliés à une plus grande fréquence de manquements aux ordonnances. Ces facteurs comprennent notamment : les antécédents judiciaires, la présence de conditions facultatives se rapportant à la consommation de stupéfiants, l'obligation de suivre un traitement en résidence, de respecter un couvre-feu ou la détention à domicile. Il est

[25]Voir C. La Prairie, précité, note 2, p.6.

évident que ce n'est pas la présence de ces conditions qui sont *à l'origine* des manquements,[26] mais le fait qu'elles soient associées à des taux de manquements relativement élevés mérite qu'on s'interroge sur l'évaluation de ce qui constitue des niveaux « de risque » acceptables. Il est essentiel d'être en mesure de déterminer quelles sont les conditions qui risquent le plus (et le moins) d'être violées par le délinquant si l'on veut que les juges disposent des outils nécessaires pour formuler des sanctions novatrices et efficaces.[27]

Pour ce qui est de l' « épée de Damoclès » [28] que constitue le sursis à l'emprisonnement, il semble que la corde qui la retenait ait été complètement coupée dans environ un tiers (37,5 %) des manquements. Il est difficile de savoir si ce pourcentage représente le degré de certitude qui est mentionné dans les études sur cette question. Compte tenu des calculs complexes qu'il faut opérer pour déterminer le reliquat de la peine à purger dans l'emprisonnement avec sursis, il faudra poursuivre les recherches pour déterminer si, lorsque la corde a été coupée, c'est avec une épée ou un couteau à beurre.

Implications pour l'avenir (*Proulx*)

La plupart des questions concernant l'application de l'emprisonnement avec sursis ont reçu une réponse précise dans l'arrêt *R.* c. *Proulx*,[29] une décision récente de la Cour suprême du Canada qui énonce, notamment, les principes qui doivent régir le recours à cette nouvelle sanction. L'interprétation qu'a donnée la cour des dispositions pertinentes aura des répercussions importantes sur les ordonnances de sursis à l'emprisonnement en général et sur les manquements à ces ordonnances en particulier. Par exemple, la Cour a reconnu que l'emprisonnement avec sursis fait partie d'une réforme législative (projet de loi C-41) qui vise à réduire la population carcérale, mais elle risque de nuire à la réalisation de ce but parce que 1) elle autorise les juges à prolonger la durée de l'emprisonnement avec sursis au delà de la peine d'incarcération à laquelle il se substitue;[30] 2) énonce que des conditions punitives et rigoureuses (couvre-feu et détention à domicile) doivent être la règle;[31] et 3) crée une présomption d'incarcération dans les cas où le délinquant a manqué, sans excuses raisonnables, à une condition de l'ordonnance.[32]

---

[26]Il est plus probable que ces conditions reflètent des « besoins » préexistants du délinquant (c.-à-d. traitement de la toxicomanie) ce qui les placent de toute façon dans une catégorie à risque élevé.

[27]La décision d'un juge de première instance à l'égard d'un délinquant à qui il envisage d'imposer un traitement en résidence (dans le cas d'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement) va-t-elle être influencée par le fait que les délinquants qui ont besoin de ce genre de traitement manquent à cette condition 44,5 p. 100 des fois ou ne respectent pas l'ordonnance d'une façon ou d'une autre dans près des deux tiers (64,7 %) des cas?

[28]Voir J.V. « Roberts, Conditional sentencing: Sword of Damocles or Pandora's Box? » (1997), 2 Can. Crim. L.R., p.186; ainsi que la décision de la Cour d'appel de l'Alberta dans *R.* c. *Brady*, (1998), 15 C.R. (5th), p. 126.

[29]Précité, note 4.

[30]C'est parce que l'emprisonnement avec sursis est une mesure relativement clémente que sa durée peut être plus longue que la peine d'incarcération qui aurait autrement été infligée, ce qui préserve le principe fondamental de proportionnalité énoncé à l'article 718.1. (*Proulx*, *ibid.*, par. 54).

[31]L'imposition de conditions punitives et rigoureuses est nécessaire dans les buts suivants : 1) établir une distinction entre l'emprisonnement avec sursis et le sursis au prononcé de la peine avec probation (*ibid.*, par. 30), 2) réaliser les objectifs de dénonciation et de dissuasion (*ibid.*, par. 30) et 3) veiller à ce que les délinquants n'évitent pas la punition (*ibid.*, par. 35).

[32]*Ibid.*, par. 39. Le juge en chef Lamer note que « … il devrait y avoir une présomption à l'effet qu'il [le délinquant] doive alors purger le reste de sa peine en prison ».

Comme nous l'avons noté plus haut, l'un des buts de l'étude était de fournir des données de base concernant le recours au sursis à l'emprisonnement par certains tribunaux de la C.-B. avant l'arrêt *Proulx*. Cette décision risque d'avoir un effet important sur l'utilisation de l'emprisonnement avec sursis (en particulier sur les décisions concernant la durée de la mesure, la nature des conditions facultatives dont elle est assortie et les mesures judiciaires prises en cas de manquement).[33] Il est difficile de dire si les répercussions de cette décision seront perçues comme étant négatives ou positives, compte tenu des objectifs initiaux recherchés par cette sanction. Pour ce qui est des taux de manquements, par exemple, il est possible que les chiffres mentionnés dans l'étude doivent être considérés comme des chiffres *minimaux*.

CONCLUSIONS

Les résultats de l'étude sont susceptibles d'intéresser divers organismes. Le ministère de la Justice du Canada souhaite évidemment suivre de près la mise en œuvre du projet de loi C-41 et ses effets. Les agences correctionnelles provinciales dans la mesure où elles ont ressenti les répercussions de l'introduction de l'emprisonnement avec sursis pourraient peut-être bénéficier des renseignements généraux que cette étude fournit pour ce qui est de l'utilisation de la sanction, et des renseignements particuliers concernant le nombre, la nature et les mesures prises à l'égard des allégations de manquement aux ordonnances de sursis. Cette étude fournit également des données fort utiles à la magistrature au sujet de l'utilisation de l'emprisonnement avec sursis, des facteurs qui peuvent augmenter les risques de manquement à ces ordonnances et les mesures prises par les autres juges à l'égard de manquements particuliers.

L'emprisonnement avec sursis est devenu, et va probablement le rester pendant longtemps, un élément important du paysage pénologique canadien. Cette nouvelle sanction doit encore trouver sa place et son rôle dans le système pénal plus large et il est donc important que son utilisation et ses effets continuent à faire l'objet d'une surveillance systématique.

[33] Les mesures législatives (projet de loi C-51) entrées en vigueur le 1er juillet 1999 qui modifient les articles du Code relatives à l'emprisonnement avec sursis de façon à suspendre l'exécution des ordonnances de sursis en cas de manquement aux conditions de ces ordonnances est un autre facteur qui risque d'entraîner une augmentation du nombre des allégations de manquement examinées par les tribunaux.

ANNEXE

Causes récentes qui mentionnent *R.* v. *Proulx* (2000)

(en date du 27 juillet 2000)

Newfoundland (Attorney General) v. *Puddister* (12 April 2000), St. John's 126 (Nf.Sup.Ct. (T.D.))

R. v. *Anderson* (4 April 2000), St. Catherines 992460 (Ont. Ct. Just.)

R. v. *Auger* (31 March 2000), Peace River 9909-0020-C6 (Sk.Q.B.)

R. v. *Bannab* (25 February 2000), Prince Albert 30 (Q.B.A.)

R. v. *Beals* (31 March 2000), Halifax CAC 157138 (N.S.C.A)

R. v. *Berntson* (28 April 2000), Regina 7731 (SK.C.A.)

R. v. *Bevan* (30 March 2000), Prince Edward Island GSC-17353 (P.E.I.Sup.Ct. (T.D))

R. v. *Bjellebo* (15 February 2000), Toronto 478 (Ont.Sup.Ct.Just.)

R. v. *Brass* (26 May 2000), New Westminster X051292 (B.C.Sup.Ct.)

R. v. *Bremner* (2 June 2000), Vancouver CA026498 (B.C.C.A.)

R. v. *Byford* (17 April 2000), Sudbury 505/99 (O.Sup.Ct.Just.)

R. v. *Cameron* (23 March 2000), Halifax CR 158789 and CR 158790 (N.S.Sup.Ct.)

R. v. *C.A.P.* (4 April 2000), Kitchener 1249 (Ont.Sup.Ct.Just.)

R. v. *Cairns* (16 February 2000), Longueuil 505-01-005623-968 J.E. 2000/1721 (C.Q.(Crim. Div.))

R. v. *Chamberlin* (23 March 2000), Yellowknife CR 03817 (N.W.T.Sup.Ct.)

R. v. Clarke (14 April 2000), St. John's 673 (Nf.Sup.Ct.(T.D.))

R. v. *Coley* (14 April 2000), Iberville 755-73-000017-968, 755-73-000018-966, 755-73-000019-964, 755-73-000020-962 (C.Q. (Crim. Div.))

R. v. *Cullen* (17 May 2000), AD-0862 (P.E.I.Sup.Ct. (A.D))

R. v. *Dowden* (17 February 2000), St. John's 95 (Nf.Prov.Ct.)

R. v. *Ewen* (13 March 2000), Saskatoon 7810 and 7795 (SK.C.A)

R. v. *Fisher* (2000), 47 O.R. (3d) 397

R. v. *Forward* (1 March 2000), Vancouver CA026199 (B.C.C.A.)

R. v. *Fudge* (2 February 2000), G05676 (Ont.Sup.Ct.Just.)

R. v. *Gauthier* (23 March 2000), Montréal 500-10-001744-992 (C.Q. (A.))

R. v. *H.A.V.* (29 February 2000), St. John's 99/86 (Nf.Sup.Ct.)

R. v. *H.B.E.* (2 March 2000), St. John's 1998050158 (Nf.Sup.Ct. (T.D.))

R. v. *Huether* (18 February 2000), Oshawa C33898 (Ont.Ct.Just)

R. v. *Hunt* (2 March 2000), Saskatoon 89 (Sk.Q.B)

R. v. *Ingram* (29 May 2000), Sechelt 11649 (B.C. Prov. Ct. J.)

R. v. *Jee* (23 February 2000), Windsor 1034-99 (Ont.Ct.Just.)

R. v. *Johnston* (10 February 2000), Halifax 160149 (N.S.C.A)

R. v. *Keepness* (28 February 2000), 7765 (Sk.C.A)

R. v. *Lettroy* (2000), 47 O.R. (3d) 517

R. v. *Lush* (29 February 2000), Winnipeg 216 (Mb. Prov. Ct. Just.)

R. v. *MacDougall* (16 March 2000), GSC-17239 (P.E.I.Sup.Ct. (T.D.))

R. v. *Machado* (23 March 2000), Kitchener 1247 (Ont.Sup.Ct.Just.)

R. v. *McGillis* (17 April 2000), Cornwall 1898/99 (Ont.Ct.Just.)

R. v. *Millward* (16 March 2000), Daniel 40810533P20101 (Alb. Prov. Ct. (C.D.))

R. v. *M.M* (17 April 2000), Montréal 500-01-066897-981 (C.Q. (Crim. Div.))

R. v. *Moore* (31 May 2000), Toronto 2260 (Ont.Sup.Ct.Just.)

R. v. *M.S* (7 February 2000), Newmarket 1408 (Ont.Sup.Ct.Just.)

R. v. *Ouellet* (28 February 2000), Québec 200-01-045339-995 (C.Q. (Crim. Div.))

R. v. *Patterson* (7 March 2000), Scarborough (Ont.Ct.Just.)

R. v. *P.D.* (7 April 2000), Québec 200-01-034865-984 (C.Q. (Crim.Div.))

R. v. *Pecoskie* (10 March 2000), Brampton 1421 (Ont. Sup. Ct.Just.)

R. v. *Peterson* (11 February 2000), Calgary 9701-0904-C1 (Ab.Q.B.)

R. v. *Pham* (17 February 2000), Edmonton 80679269P10102 (Ab.Prov.Ct. (C.D.))

R. v. *Pimentel* (12 May 2000), AR 99-30-04239 and AR 99-30-04245 (Mb.C.A.)

R. v. *Ramsey* (4 May 2000), Melfort 1254 (Judicial Ct. of Melfort) (Sk.Q.B.)

R. v. *R.L.H.* (2 March 2000), Victoria V03511 (B.C.C.A.)

R. v. *Schafer* (28 February 2000), Whitehorse 99-00570 (Y.T.T.C.)

R. v. *Shacklock* (11 May 2000), Halifax CAC 163451 and CAC 163452 (N.S.C.A.)

R. v. *Sithivinayagam* (29 May 2000), Toronto 2115 (Ont.Ct.Just.)

R. v. *Skinner* (16 March 2000), 1999060107 (Nf.Sup.Ct. (T.D.))

R. v. *S.L.C.* (9 March 2000), Kentville 126 (N.S. Prov. Ct.)

R. v. *Stevenson* (11 April 2000), 98-1755 (Ont.Sup.Ct.Just.)

R. v. *Teskey* (14 April 2000), Vancouver C36320-01-1D (B.C.S.C.)

R. v. *Thompson* (8 February 2000), London 810 (Ont.Ct.Just.)

R. v. *Tremblay* (10 February 2000), Montréal 500-01-000573-995 (C.Q. (Crim. Div.))

R. v. *Tremblay* (29 March 2000), Montréal 500-10-001738-994 (C.Q.A.)

R. v. *Turcotte* (19 April 2000), Toronto C31658 (O.C.A.)

R. v. *Welcher* (29 February 2000), 1999 No. G-113 (Nf.Sup.Ct. (T.D.))

R. v. *Widow* (8 May 2000), Yellowknife CR 03842 (N.W.T.Sup.Ct.)